ألجزء الأول

شرح المجلة

تأليف

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد خالد الأتاسي

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد طاهر الأتاسي

مکتبہ رشیدیہ سرکی روڈ کوئٹہ

مکتبہ حقانیہ فون: ۲۲۰۴۹۳ پشاور

ج—١

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل افعال الفقهآء المخلصين رهينة الأجر · مطابقة لقواعدِ الشرع بما تقتضيه الحكمةُ من نهيٍ وامرٍ الذين اكرهوا انفسهم على حفظ امـانة ربهم في الشهادة والغيب · وأسلموا عاجلَهم لآجلهم قرضاً بعقدِ قلبٍ سليم من كل عيب · فاستنقذوها من تبعات الدعوى يوم الخصام بالعملِ والعلمِ الفاصلِ بين الحلال والحرام · حافظين مهامه اوقاتهم لمزارعة البِرّ كيلا تغتصبها ايدي اللهو · في البداية والنهاية · غير راقين في حلل الزهو اذ رقوا في معراج الدراية بالعناية والهداية · فكان القولُ المقبول عند الله قولهم · والعملُ الموزون بالقسطاس المستقيم عملهم · بل هو ارجحُ البيّنات على السعادة قياساً واستحسانا · واوثقُ الكفالات نجاةً عند الله ورضوانا · والصلوة والسلام على محلة الكمالات القدسيّة ، محيطاً بها كل برهان · وملتقى ابحر الفيوضات الفتحيّة ، ازلاً وابداً باستصحاب كل زمان · المبعوث بتبيين خلاصة الملةِ البيضآء دليلاً الى الصراط المستقيم · وبدائع الشريعة المقدسة السمحآء ، زخيرةَ الكشفِ من لدُنْ حكيمٍ عليم · فهي اساسُ النظر لمصالح الدين والدنيـا · وسراجُ البصيرة والبصر ، تفتح قلوباً غلفاً واعيناً عميا بل جامعةُ الفصولين معاشاً ومعادا · ونورُ العين تبصرةً وارشادا ، وعلى آله واصحابه · والمتأدبين بآدابه ·

وبعد فان مجلة الفقه لما كانت جزيلة المعنى، وجيزة المبنى، فوآئدها فرائد تستوقف الفراقد. وتزرى بالقلائد، في نحور الجرائد، انتخبت مسائلها الاجتهادية مما هو الارفق، ولحال الزمان انسب واوفق. فطارت باجنحة السهولة والانسجام. والجة بغير استئذان آذان الانام. بضوابط وقواعد محكمة، فيما شجر بين الخصوم محكمة، وهي وان تداولتها اقلام الشراح لما تجل في عقائل مخبآتها القداح. ولما تلامسها كف شرح مستوفى. يوشحها بكل بحث من غرائب الرغائب مستصفى. فبقيت عذرآء في خدرها. يتيمة في ظلمات بحرها. يتداولها الكثير من الورى. وكأنهم ينزلون منها على غير قرى. الى ان تطرزت بشرح ينشرح له الصدر. ويمتزج في القلوب امتزاج المآء بالخمر. سالكة في ميدان الاذهان، مسلك الرقاد من الاجفان. بتحرير يستنزل وعول المعاني من صعابها. ولا غرو فان البيوت تؤتى من ابوابها. من كل بحث يروض أفهاما حيارى في درك الحقائق قلوبها. ويروق في المعضلات إفهاما. وما دوآء الادواء الا طبيبها. ذلك ما جاد به واجاد، واصاب شاكلة المراد، من قلمه في رياض الطروس اوطف الاهداب. الا ان قطره سكب المعاني في الالباب. وبيانه هو السحر الحلال. الا انه نافث في مضايق الاشكال. ومن هو في عصره الذهب الابريز. بل العلم المرفوع الذي نصبه التميز. علامة المحققين. فهامة المدققين، سيدي واستاذي وكهفي وملاذي، المرحوم والدي مفتي حمص الاسبق، ومن هو في حلبة المفتين الاغر الاسبق، السيد محمد خالد

العطاسي ثم المعروف بالاتاسي، لا زالت الرحمة تصافح ضريحه ونواسي. وكان رحمه الله تعالى ابتدأ في شرحها من كتاب البيوع تاركاً قواعدها الكلية الى ان وصل الى المادة ١٧٢٨ فاخترمته المنية . وما بين ذلك من المادة (٣٨٨) الى المادة (٣٩٧) عشر مواد مقدار كراسين طرأ عليها الضياع من شرحه . فشرحت القواعد الكلية وذيلتها باتمام ما حال دونه اجلُه الى آخر الكتاب. ورَفوْتُ ما كان مفقوداً من شرحه على المواد العشر التي استولى عليها الضياع . فتم بحمد الله تعالى الكتاب . هذا ولولا مراجعةُ المغرور بن بي بلا إعذار، ما اقتحم ضبُّ عجزي لُججَ هذا التيار . فكيف اجولُ في معارك ذوي الكرّ والحمل، ولم يعرف بناني كيف القبضُ على النصل . فكأني فيما اتيتُ اضمُّ الى جوهره خزَفاً، او أزين بضغثٍ من بضاعتي المزجاةِ روضةً أُنُفاً . فاقول متوكلاً على الله ،وما توفيقي الا بالله ، ولا حول ولا قوة الا بالله :

٤—١

المقدمـــة

﴿ محتوية على مقالتين ﴾

﴿ المقـــالة الاولى ﴾

— في تعريف علم الفقه وتقسيمه(١) —

المادة ١ – الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية

اعلم انه لا بد لكل طالب فنٍ ذي مسائل كثيرة ان يتصورها بضابط يحيط بها وهو المسمى بجهة الوحدة ليحصل له بها قبل الشروع شعور اجمـالي بتلك المسـائل اذ لولا ذلك . فاما ان لا يتصورها اصلاً فلا يتأتى الطلب لعدم امكان طلب المجهول من كل وجه . واما ان يتصورها لا بذلك الضابط بل بوجه اعم فلا يتصور طلبها بخصوصها . وان يعرف موضوعه اذ تمايزُ العلوم بتمايز الموضوعات . وان يعرف غايته واستمداده .

ثم لما كان تصور العلم يستفادُ من تعريفه تعرّض لتعريفه قبل الخوض به .

وقوله ﴿ علم الفقه ﴾ لفظ مركب من مضاف ومضاف اليــه من

---

(١) ﴿ تنبيه ﴾ : معلومٌ ان القواعد الكلية هي بمثابة ضوابط عمومية تنطوي على شروعٍ كثيرة ، منها ما هو داخلٌ في المعاملات الـتي عقدت لها المجلة مختلف كتبها وابوابها ، ومنها ما هو غريبٌ عن ابحاث المجلة ، اما لتعلقه بالعبادات المحضه ، واما لخروجه عن غرض المجلة الشامل لعموم الطوائف واختصاصه بالطائفة الاسلامية وحدها كأحكام النكاح والطلاق وما يلحق بها ، واما لفوات محله من اصله كالأحكام المتعلقة بالرقيق مثلاً .

وبما ان القواعد الكلية غير قاصرة من حيث شمولها واحاطتها على ابحاث المجلة بل تتناول غير ذلك من الابحاث التي عُقد لها في المطوّلات الفقهية ستةٌ وثلاثون كتاباً اولها كتاب الطهارة وآخرها كتاب الفرائض ، ومن

ضافة الأعم الى الاخص . ثم نقل عن معناه الاضافي اعني العلم المنسوب الى الفقه وجعل علماً على هذا الفن المخصوص من غير نظر الى اجزاء الاضافة .

ولفظ علم الفقه باعتبار المعنى الاضافي مركب دون المعنى اللقبي فانه مفرد لعدم دلالة جزئه على جزء معناه ، فهو كسائر الفنون يجوز الاطلاق عليها بالاضافة وبغيرها يقال فقه وعلم الفقه . ومنطق وعلم المنطق . فلنتعرض اولاً لتعريف العلم من حيث هو بقطع النظر عن اضافته .

ذكر حجة الاسلام الامام الغزالي في المستصفى ما خلاصته : « أن الاتيان بحد يكون عبارة عن قول شارح يبين ماهية العلم وكنهه وحقيقته صعب جداً . اذ كثير من المدركات يعسر تحديدها كتعريف رائحة المسك وطعم العسل مثلا فكيف تحديد الادراكات . اذ لو قلنا هو الادراك والمعرفة ، فهو تعريف لفظي ، لانه تعريف الشيء بما يرادفه . او قلنا هو معرفة المعلوم على ما هو به فهو عين الاول بتكرير وتطويل بما لا يخرجه عن كونه لفظياً . وان قيل في حده انه الوصف الذي يتأتى للمتصف به اتقان الفعل وإحكامه فهو تعريف رسمي لان هذا لازم من لوازم للعلم مع انه اخص مما قبله ،

حيث انها علم يتعلق به احكام ولها قواعد اصولية ونظريات اجتهادية ، وعلل واحكام تترتب على تلك العلل ، كان من الواجب عدم اهمال مختلف فروعها من العلم النظري . وهذا ما حملنا على الاتيان ببعض امثلة وفروع قد لا تكون لها قيمة عملية كبرى وقد تكون نادرة الوقوع او غير داخلة في ابحاث المجلة ، ولكنها وان تباعدت عنها في الجنسية ، فانها تتقارب بوجودها تحت اصل واحد او ضابط واحد .

ونحسب ان في اثبات هذه الفروع حرصاً على بيان فوائد هذه القواعد ، ومشتملاتها وتنشيطاً للاذهان بعبثها على النفوذ الى فلسفة الفقه ودقائق الاحكام وتفهم اصولها ومناشئها .

هذا في القواعد الكلية . اما في غيرها من المواد المتعلقة بكتب المجلة فان الشرح سيكون قاصراً على ما تعانيه هذه المواد وتعالجه هذه الكتب .

لخروج العلم بالله تعالى وصفاته اذ لا يتأتى به اتقان فعلٍ وإحكامه . »

والذي ارتآه انه يمكن الوقوف على ماهيته بتقسيمٍ ومثال . فبالتقسيم يتميز عن غيره فاذا قوبل بالظن والشك يتميز عنهما ، اذ العلم عبارة عن الجزم ولا جزم فيهما . واذا قوبل بالاعتقاد الجازم فهنا يلتبس العلم بالاعتقاد لوجود الجزم في كل منهما .

ويفرّق بينهما ان الاعتقاد يحصل للمقلد عن دون علم اذ يجوز ان يعتقد الشيء جزماً على خلاف ما هو به لا عن بصيرة . ويجوز ان يعتقد الشيء على ما هو به بمجرد التلقين والتلقي مع الجزم الذي لا يخطر بباله غيرُه .

وعن هذا تبين ان الاعتقاد عقدةٌ على القلب ترسخ في قلب المقلد من دون خطور نقيضه بالبال . وهذا من جنس الجهل وان طابق الواقع . ولهذا ترى اعتقاد المقلد قابلاً للتزلزل بالقاء تشكيكٍ او شبهة ، بخلاف العالم فان القاء الشبه والتشكيك لا تؤثر على علمه .

واما المثال فهو ان ادراك المعقولات يفهم بالمقايسة بالبصر الظاهر كيف يُطبع مثالُ صور المحسوسات على ما هي عليها في القوة الباصرة . فالعقل كالمرآة تنطبع فيه صور المعقولات على ما هي عليها ، فالمثال يشين حقيقته اه ملخصاً .

واعترضه الآمدي في إحكام الأحكام . بان هذا غير سديد ، لان القسمة ان كانت مميزة له عما سواه فلا معنى للتحديد بالرسم الا هذا . ثم قال في تعريفه : « العلم عبارة عن صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التميز بين حقائق المعاني الكلية حصولاً لا يتطرق اليه احتمال نقيضة . »

واما تعريفه باعتبار اضافته الى الفقه ، علَماً عليه ، فهو كما قال ((علم بالمسائل)) كالجنس يشمل سائر العلوم . ولما كانت مسائل الفقه بعضها قطعياً وبعضها ظنياً اراد صاحب المرآة بالعلم هنا التصديق بمعنى الاعتقاد الراجح الشامل للظن والتقليد . لكن مسائله الظنية ، حيث كان العمل بها واجباً تعبداً ، فما المانع من ان يكون المراد من العلم المتعلق بها هو الادراك القطعي ، وان كانت ظنيةً في نفسها . تأمل .

والمسائل جمع مسئلة ، هي القضايا التي موضوعاتها موضوعُ العلم ، اما مطلقاً

نحو : فعلُ المكلف فرضٌ او واجبٌ او مندوبٌ او مباحٌ او محظورٌ · أو مقيداً بعَرَض ذاتي نحو : الفعلُ المفروضُ يوجب الثواب وينجي من العقاب او على نوع الموضوع اما مطلقاً نحو : الصلوةُ عمادُ الدين ، او مقيداً نحو : الصلوةُ الفرضية يجبُ اداءُوها · او على عرضٍ ذاتي له اما مطلقاً نحو : الفاسدُ صحيحٌ باصله ، او مقيداً : نحو الفاسدُ لمعنىً في نفسه باطلٌ وعلى هذا ·

(الشرعية) اي الموقوفةُ على خطاب الشارع · خرجت الاحكام العقلية كالحكم بحرارة النار · والاصطلاحيةُ كالحكم برفع الفاعل (مرآة الاصول)

﴿ العملية ﴾ اي المتعلقة بكيفية العمل وهي الصفة القائمة بالعمل من الاوصاف الخمسة من الوجوب والحرمة وغيرهما (مرآة وازميري باختصار)

﴿ والمسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة ﴾ وذلك ان الحق تعالى تعلقت ارادته بايجاد هذا النوع الانساني ، واودع فيه العقل ليهتدى به الى معرفة ذاته وصفاته وسائر الاعتقادات الصحيحة للتوصل بذلك الى السعادة الابدية · ولتكميل عقولهم فرض عليهم العبادات البدنية لحق الربوبية والعبودية ، والمالية لحق شكر النعمة عنايةً منه وكرماً ·

﴿ واما ان تتعلق بامر الدنيا وهي تنقسم الى مناكحات ﴾ هي مع النية عبادةٌ من وجهٍ لما فيها من تكثير نسل المسلمين والإعفاف ونحوه · ومعاملةٌ من وجهٍ لكونها من العقود التي تتعلق بها ايضاً مصالحُ دنيوية ·

﴿ ومعاملات ﴾ كالعقود والفسوخ من البيع والاجارة والمزارعة والشركة واقالاتها ونحو ذلك من سائر العقود المحتاج اليها لضرورة المعاش ·

(وعقوبات) تدرأ المفاسد وتقوم بصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم على منهج الشرع لان مقصود الشرع من الخلق ان يحفظ عليهم دينهم وانفسهم وعقولهم وانسابهم وانسالهم واموالهم · وهذه امهات المصالح قد اتفقت عليها سائر الشرائع قبل شريعتنا وهي نواميس الاصلاح وبالمحافظة عليها يقوم نظام العالم ·

وعن هذا اوجب الشرع عقوبة المبتدع الذي يدعو الناس الى ضلال بدعته حفظاً لدينهم · والقصاص حفظاً لنفوسهم · وحدّ الشرب حفظاً لعقولهم

التي هي ملاك التكليف . وحدّ الزنا حفظاً لانسابهم وانسالهم . وحدّ السرقة وايجاب زجر الغاصبين حفظاً لاموالهم .

ولهذه المشروعات لواحقُ دونها في المرتبة هي من التتمات والمزيّنات لا حاجة للبحث عنها فارجع اليها في كتب الاصول فسبحانه من آله ٍ ما ابهرَ حكمته .

واعلم ان الله تعالى خلق الانسان وركّب فيه ثلاثَ قوىً : شهوية وغضبية تؤديان الى الفساد وسفك الدماء . وعقلية تدعوه الى المعرفة والطاعة مقاومةً للقوتين الاوليين . فبالعقوبات تعتدل القوتان فلا يؤديان الى مضادة العقل بالافساد وافناء البشر بعضهم بعضاً في سبيل المنازعات . راجع تفسير قوله تعالى (واذ قال ربك للملائكة اني جاعل في الارض خليفةً — الآية) تعلم ان عمران الارض لا يقوم الا بالبشر لما رُكز في في قوام الحسية والباطنية من الادراكات لاستنباط الصنائع واختراع الآلات ولهذا قال :

﴿ فان الباري اراد بقاء نظام هذا العالم الى وقت قدره ﴾ اي آخر ايام الدنيا قبيل يوم القيمة ﴿ وهو انما يكون ببقاء النوع الانساني ﴾ اشارة الى شرعيّة العقوبات ﴿ وذلك يتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث ﴾ اشارة الى شرعية النكاح ﴿ ثم ان بقاء النوع الانساني انما يكون بعدم انقطاع الاشخاص ﴾ وانقطاعها انما يكون بسبب قوتي الشهوة والغضب في الانسان المؤديين الى الفساد الذي شرعت العقوبات لدفعه .

﴿ والانسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج في البقاء الى الامور الصناعية في الغذاء واللباس والمسكن ﴾ لانه مدني الطبع لا يقدر ان يعيش منفرداً كسائر الحيوانات ﴿ وذلك ايضاً يتوقف على التعاون والتشارك بين الافراد ﴾ اذ لا يمكنه تدارك اسباب معيشته منفرداً بان يتدارك غذاءه المتوقف على وسائط كثيرة كاستخراج معادن الحديد للحرث واصطناع آلات الزراعة وحصاد الزرع ودياسته وطحنه وخبزه

وطبخ طعامه . وهكذا في ادوات اللباس والمسكن فلا يستطيع ان يعيش مستقلاً بنفسه

* والحاصل ان الانسان من حيث انه مدني الطبع لا يمكن ان يعيش على وجه الانفراد كسائر الحيوانات بل يحتاج الى التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية والحال ان كل شخص يطلب ما يلائمه ويغضب على من ينازعه * ولو طلبوها بالعدل لارتفعت الخصومات . ولكن طلبوها بالشهوات فتولدت منها المنازعات * فلاجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية في امر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه * وهي ايضاً قسم من المعاملات من وجه .

فالمشروعات ثلاثةٌ : عباداتٌ ومعاملاتٌ وعقوبات . والعبادات خمسةٌ : الصلوة والزكوة والصوم والحج والجهاد . والمعاملات اربعةٌ : المعاوضات المالية والمناكحات والمخاصمات والامانات . والعقوبات خمسةٌ : القصاص وحد الزنا وحد السرقة وحد الشرب وحد القذف ويلحق بذلك التعزير .

* وقد وقعت المباشرة بتأليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة الوقوع في المعاملات غب استخراجها وجمعها في الكتب المعتبرة وتقسيمها الى كتب وتقسيم الكتب الى ابواب والابواب الى فصول. فالمسائل الفرعية التي تصير معمولاً بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر في الابواب والفصول . الا انّ المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية * لان مدلول قضاياها يصدق بلا تردد * تتخذ ادلة لاثبات المسائل وفهمها في بادئ الامر * لكن ربما يعارض بعضَ فروع تلك القواعد اثرٌ او ضرورةٌ او قيدٌ او علةٌ

موثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناةً من تلك القاعدة معدولاً بها عن سنن القياس اما بالاثر كالسلم والاجارة في بيع المعدوم ، واما بالاجماع كالاستصناع ، واما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار ، واما بالقياس الخفي المعبر عنه بالاستحسان (وهو ما قوي اثره) يقدم على القياس الجلي كسؤر سباع الطير اذ المعتبر هو الاثر لا الظهور . مرجع ذلك كتب الاصول.

مثلاً : الولد يتبع الام في الرق والحرية . هذه قاعدة . قال في البدائع: « فلو وجد رجل لقيطاً وادعى انه ابني من زوجتي فصدقته فهو ابنهما حرةً كانت او امةً غير انها ان كانت حرةً كان الابن حراً بالاجماع . وان كانت امةً كان ملكاً لمولى الامة عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . وعند محمد يكون حراً . »

وجه قول محمد ان نسبه وان ثبت من الامة لكن في جعله تبعاً لما في الرق مضرةٌ بالصبي ، وفي جعله حراً منفعة له ، فيتبعها فيما ينفعه لا فيما يضره . فانظر كيف خرجت هذه المسئلة عن القاعدة على قول محمد .

* يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقرير المسائل في الاذهان * اي يتنور بها المقلدُ ولا يتخذها مداراً للفتوى والحكم . فلعلّ بعضاً من حوادث الفتوى خرجت عن اطرادها لقيدٍ زائدٍ او لاحد الاسباب المتقدم ذكرها . وهذا يحتاج الى نظرٍ دقيقٍ وتبحرٍ عميقٍ يُجرى تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية ويستثنى منها ما خرج عنها بقيدٍ او سببٍ من الاسباب المارة .

* فلذا جمع تسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانيــة في المقدمة على ما سيأتي ثم ان بعض هذه القواعد وان كان بحيث اذا انفرد يوجد من مشتملاتها بعض المستثنيات * للاسباب المارة * لكن لا تختل * بذلك * كليتها وعمومها من حيث المجموع لما ان بعضها يخصص او يقيد بعضاً آخر * مثلاً : المادة السادسة (القديم يترك على قدمه) خص من عمومها (الضرر لا يكون قديماً) .

وهذا التخصيص لا ينفي عمومها فيما بقي · واذا قلنا كل احـد يتصرف في ملكه كيف شاء فهذه قاعدة يستثنى منها ما اذا تعلق به حق الغير · «انظر مادة ١١٩٢» ويستثنى منها ايضاً مثل المرهون والمأجور

واما موضوعه فافعال المكلفين من حيث يبحث فيه عما يعرض لها من حلٍ وحرمةٍ ووجوبٍ وندبٍ وهي العوارض الذاتية كما تقدم · واما فعل غير المكلف فليس من موضوعه كفعل الصبي والمجنون · والمخاطب بضمان ما اتلفاه وبنفقة زوجاتهما هو الولي كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما اتلفته حيث فرط في حفظها (رد المحتار) ·

﴿ تنبيه ﴾ المراد بفعل المكلفين المعنى الحاصل بالمصدر وهو الوصف الموجود للفاعل كالهيئة التي تسمى صلوةً من القيام والقرآءة والركوع والسجود · وكالهيئة التي تسمى صوماً وهي الامساك عن المفطرات بياض النهار ·

وقد يطلق على نفس ايقاع الفاعل هذا المعنى ويقال فيه الفعل بالمعنى المصدري · والتكليف انما يتعلق بالمعنى الاول لا الثاني · لان الفعل بالمعـنى الثاني اعتباري لا وجود له في الخارج · اذ لو كان موجوداً لكان له موقع فيكون له ايقاع فيتسلسل (نهر ملخصاً) ·

واستمداده من الكتاب والسنة والاجماع والقياس · وغايته الفوز بسعادة الدارين اذ به يعرف الحرام من الحلال ·

﴿ المقالـة الثانية ﴾

﴿ في بيـان القواعد الفقهية ﴾

المادة ٢ — الامور بمقاصدها يعني ان الحكم الذي يترتب على امرٍ يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر ·

اي ان الحكم الذي يترتب على فعل المكلف ينظر فيه الى مقصده فعلى حسبه يترتب الحكم تملكاً وعدمه ، ثواباً وعدمه ، عقاباً وعدمه ، مؤآخذةً وعدمها ، ضماناً وعدمه ·

فهذه قاعدة جامعة مستنبطة من الحديث المشهور اخرجه الائمة الستة

وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، انما الاعمال بالنيات . ومن تدبر مسائل النية في متفرقات الابواب وجدها في العبادات بكاملها اعني الطهارة والصلوة والزكوة والصوم والحج .

وبناء على اعتبار النية لا تصح العبادة من المجنون لانه ليس من اهل النية ، ولا عقوده كالبيع والهبة والنكاح . وفي الطلاق حتى لو قال لامرأته طلقي نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته ، حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثا كان ثلاثا ، لان المصدر يصير مذكوراً في الامر لان معناه حصّلي طلاقاً . والمصدر يقع على الواحد و يحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه . وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيناً . (بدائع وغيره)

وفي الظهار فلو قال انت عليَّ كامي ، او مثل امي ، يرجع الى نيته : فان نوى الظهار فظاهر ، او الكرامة كان كرامةً ، او الطلاق كان طلاقاً ، او اليمين كان ايلاء ، لان اللفظ يحتمل كل ذلك . وفي الايمان بشرط ان يكون الحالف مظلوماً ونوى غير ما حلف عليه (بدائع) . وفي المباحات اذا قصد بها التقوى على الطاعة والتوصل اليها يُثاب . وفي عدم القطع اذا قصد السارق اخذ الدين من مديونه .

وفي فسخ من اسلم على اكثر من اربع كن عنده ثماني زوجات فاسلم فقال لاربع منهن فسخت نكاحكن : ان قصد به الطلاق كان اختياراً لنكاحهن . فكأنه قال اخترت نكاحكن فطلقتكن . وان لم يقصد به الطلاق كان اختياراً لفراقهن ونكاح الباقيات .

وفي اللقطة يضمنها بنية اخذها لنفسه ، وبنية ردها لصاحبها لا . لكن النية امر باطن لا يُطلع عليه فعليه الاشهاد للتخلص من الضمان عند ابي حنيفة . وقالا مجرد نية الرد لا توجب عليه الضمان .

والمودع اذا اخرج الوديعة بنية لبسها فهلكت قبل اللبس يضمن . وان لم تكن بتلك النية لا يضمن . ثم اذا عاد الى الوفاق بان نزعها عنه ليرجعها الى الحفظ فهلكت انما لا يبرأ من الضمان لانه بعد دخولها في ضمانه فنية ارجاعها الى الحفظ امر باطن .

ومن فروعها من وضع اناء تحت المطر ليملأه ماء فهو ملكه كما في مادة (١٢٥٠) . ومنها ركوب الدابة بنية ردها لصاحبها ام لغير ذلك — ومنها

نصب شبكة للصيد كما في مادة (١٣٠٣) ومثله مادة (١٣٠٤)

وبحسب النية يأثم في وطء زوجته على ظن انها اجنبية . وفي شرب الماء على ظن انه خمر . وفي قتل قاتل مورثه يظن انه معصوم الدم . فيُفسَّق لقصده الزنا والقتل ولا يحد . واما لو خاطب امرأته بانت طالق ، او قنه بانت حر ، يقع الطلاق والعتق وان ظنهما اجنبيين لمصادفته محلا غير متوقف على نية العتق .

وفي كنايات الطلاق اذا لم تكن فيه مذاكرة لا يقع الا بالنية خلا لفظ الحرام . وعند المذاكرة يقع الطلاق قضاء لقيام المذاكرة مقام النية كما في معتبرات المذهب

وفي اشباه السيوطي : (وقد قيل في قوله صلى الله عليه وسلم « نية المؤمن خير من عمله » ان المؤمن يخلد في الجنة وان اطاع الله مدة حياته فقط ، لان نيته انه لو بقي أبد الآباد لاستمر على الايمان ، فجوزي على ذلك بالخلود في الجنة . كما ان الكافر يخلد في النار وان لم يعص الله تعالى الا مدة حياته فقط ، لان نيته الكفر ما عاش)

واعلم ان النية كما تكون في الافعال تكون في التروك . والفرق بينهما انها اذا كانت في الافعال ينظر : ففي قسم العبادات يشترط لها النية ولا تصح بدونها الا اذا كانت العبادة غير مقصودة لذاتها كالوضوء والطهارة من الاخباث وستر العورة للصلوة فلا يشترط فيها النية لصحة الصلوة ، بل للثواب فقط . وفي المعاملات فالبيع بلفظ الماضي والاجارة والاقرار والوكالة والايداع والقذف والسرقة لا تتوقف على النية (اشباه ملخصاً) .

واما التروك فلا تشترط النية في ترك المنهي عنه ، بل يخرج عن العهدة بمجرد الترك وان لم ينو ، ولا ثواب له على الترك ، لانه عدمُ الفعل ، والنية انما تتعلق بالأفعال لا بالأعدام . فان كف نفسه عن الزنا مثلا خوفاً من الله تعالى ، وهو قادر على الفعل فله الثواب لان الكف في هذه الصورة فعلٌ تتعلق به النية

وتأييدُ ان الكف عن المنهي عنه فعلٌ مذكور في شرح التلويح على التوضيح للعلامة التفتازاني في « فصلٌ اختلفوا في الامر والنهي » . وفي الجزء الثالث من البدائع ص ١٩٠ عند بيان احكام العدة فارجع اليهما ان شئت .

واعلم ان حديث « انما الاعمال » من باب المقتضى فلا بد فيه من تقدير ضرورة صدقِ الكلام النبوي المنزه عن الخلف . لكثرة وجود الاعمال بدونها . ولا يكون

المقدر عاما لان ما للضرورة يقدر بقدرها ، اي حكم الاعمال وهو الحكم الخاص بالاخروي اعني عدم الثواب، لا الدنيوي اي عدم الصحة، لوجود دليل بنفي ذلك وهو وجود الحكم الاخروي دون الدنيوي . والعكس : فقد يرتفع الاثم ويبقى الضمان . فلولا الاجماع على ان الاخروي مرادٌ ، تُوُقِّفَ عن العمل به لاجماله فيهما . وحيث ثبت الاجماع على ارادته انتفى الكل بلا مقتضى اه (تحرير)

والحاصل ان المقتضى لا عموم له عندنا خلافا للشافعي ودليلُ كل مبسوطٌ في محله .

المادة ٣ — العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفا .

العقود جمع عقد وتعريفه كما في مادة « ١٠٣ » التزام المتعاقدين وتعهدهما امراً . والالف واللام للاستغراق ، يعني ان سائر العقود ، العبرة والعمل لمعانيها المقصودة منها ، وتبدّلُ الالفاظ لا يصرفها عن المقاصد التي وضعت لها بالوضع الشرعي .

فلو قال اعرتك هذه الدار كل شهر بكذا ، او اعطيتك اياها بكذا ، او قالت لمن يريد نكاحها وهبتك نفسي بكذا ، او قال المديون لدائنه : بعتك هذا الثوب بالالف التي لك عليّ ، على اني ان ادّيتك الالف استرده ، وهكذا ، فقبل الاخر ، فالاول اجارةٌ ، والثاني بيعٌ ، والثالث تزويجٌ ، والرابع رهنٌ . وهذه الالفاظ لا تخرج العقود عن معانيها ومقاصدها الموضوعة لها ، بل يترتب عليها احكام الاجارة والبيع والنكاح والرهن .

ولها فروع كثيرة : فلو اشترى شيئاً بدراهم ، ودفع الى البائع ثوباً وقال له امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن ، فالثوب رهنٌ لانه اتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني (بدائع) . ومنها ما في كفالة البحر : الوصاية حال حياته وكالة ، والوكالة بعد موته وصاية ، لان المنظور اليه المعاني . ومنها ان الهبة اذا كانت بشرط العوض وكان احد العوضين عقاراً وتقابضا ، وجبت الشفعة في العقار للشفيع لان الهبة باعتبار شرط العوض بيعٌ انتهاءً (بدائع) . ومنها ان الدار التي هي بدل صلح يجب فيها الشفعة مطلقاً سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت ، لان عقد الصلح على دفعها للمدعي وان

كان بلفظ المصالحة الا ان هذا العقد لما كان تعويضاً عن المدعى به كان في معنى البيع والعبرة في العقود للمعاني . وكذا اذا كانت الدار مصالحاً عنها عن اقرار لهذا المعنى .

قال شارح المجلة المرحوم سليم باز اللبناني نقلا عن الاشباه : ويخرج عن هذه القاعدة مسائل . منها اذا قال احد لآخر بقصد ان يهبه ماله بعتك مالي هذا بدون ثمن فيبطل لفظ البيع ولا يحمل على الهبة ولو كان قصد المتكلم الهبة . ومنها لو قال لاخر ، بقصد ان يعيره منزله ، آجرتك منزلي هذا بدون كراء فلا يحمل قوله على الاعارة وان كانت هي المقصودة بكلامه اه .

يقول العاجز لو دققنا النظر نرى الفرعين غير داخلين في القاعدة حتى يستثنيا منها . نعم هو استثناء منقطع وذلك لان البيع لفظ شرعي وضع للمعاوضة ، ولا يكون الا بثمن ، ولا يصح التجوز به عن الهبة . لان الشرط المجوز للتجوز ان يكون المعنى المشترك بين التجوز والمتجوز عنه على وجه يكون في المتجوز عنه اقوى منه في المتجوز . ومن المعلوم ان معنى التملك في البيع اقوى منه في الهبة . وهكذا في الاجارة بالنسبة للعارية فتكون هذه الصيغة لغواً واللغو باطل لا يبنى عليه حكم .

وعن هذا منعت الحنفية استعمال لفظ الطلاق في الاعتاق . وجوزت حيث لا قوة في المعنى المتجوز استعمال لفظ الحوالة في الكفالة وبالعكس . وشرط براءة الاصيل قرينة في جعل الكفالة مجازاً عن الحوالة . وعدمها قرينة في جعل الحوالة مجازا عن الكفالة . والجامع هو ولاية المطالبة في كل منهما (تحرير) .

ومن باب استعمال لفظ الحوالة في الوكالة ما اذا افترق المضارب ورب المال وليس في المال ربح يقال للمضارب احل رب المال على المدينين اي وكله بالقبض اه (تحرير ملخصاً) .

والحاصل ان الفرعين المتقدمين حيث لم يصح استعمالها في حقيقة البيع والاجارة الشرعيين ولا التجوز بهما عن الهبة والاعارة وقعا لغواً فتأمل منصفاً .

ويلحق بهذه القاعدة ما في رد المحتار عن الفتح حيث قال : فرعٌ يثبت

ج - ١

الوقف بالضرورة ، وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابداً ، او لفلان وبعده للمساكين ابدا ، فان الدار تصير وقفاً بالضرورة . والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا اهـ . اي فهو من المعلق بالموت ، ينفذ من الثلث .

ومنها ما في البحر : لو قال اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزاً وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفاً . قال في رد المحتار : ومقتضاه ان الدار كلها تصير وقفاً من ثلث ماله ، اي وان اتى بمن التبعيضية ، ويصرف منها الخبز الى ما عينه الواقف والباقي الى الفقراء . هذا كله بالنظر للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني .

المادة ٤ — اليقين لا يزول بالشك

اليقين عند الفقهاء هو جزم القلب بوقوع الشيء او عدم وقوعه . ويليه الظن الغالب وهو تجويز احدهما اقوى من الآخر فهو بمنزلة اليقين حكماً .

والشك هو التردد في وقوع الشيء وعدم وقوعه على السواء . وبعبارة اخرى تجويز امرين لا مزية لاحدهما على الآخر (حموي واشباه) يعني ان الامر المتيقن ثبوته لا يرتفع الا بدليل قاطع ولا يحكم بزواله بمجرد الشك . كذلك المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك لان الشك اضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدماً . نعم اليقين قد يزول بيقين مثله . والقواعد الاتية من الخامسة الى الثانية عشر كلها مستخرج من هذه القاعدة .

ومن فروعها ما نصوا عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الاموال الربوية كالمكيلات والموزونات لان المماثلة بينهما شرط محقق . والمماثلة في المجازفة مشكوك فيها فلا تثبت الصحة ، بناء على الاصل المقرر وهو ان الحكم المعلق على شرط او المشروط بشرط اذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت ، لان ما ليس ثابتاً بيقين لا يثبت بالشك . كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك . فالمتيقن بالطهارة مثلاً اذا شك بالحدث فهو متطهر .

ومنها ما في الاشباه وغيرها ان الاستصحاب حجة يصلح للدفع لا

للاستحقاق . ففي صورة كونه يصلح للدفع يدخل تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك . فالمفقود وهو الذي غاب عن بلده ولا يعرف خبره انه حي او ميت تجري عليه احكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته لان حياته حين تغيبه متيقنة وموته قبل المدة المضروبة شرعاً مشكوك فيدخل تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك .

واما فيما لم يكن له فتجري عليه احكام الاموات فلا يرث احداً الا ببرهان على حياته كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن . ولهذا قالوا الاستصحاب حجة يصلح للدفع لا للاستحقاق .

ولكونه لا يصلح للاستحقاق ذكر في الاشباه ان الشقص اذا بيع من الدار وطلب الشريك الشفعة فانكر المشتري ملك الطالب فيما في يده فالقول له ولا شفعة له الا ببينة .

ومنها ما في المادة (١٥٣٦) وما يليها ان الابرآء على قسمين ابرآء اسقاط وابرآء استيفاء . وان ابرآء الاسقاط ان يبرأ احد الآخر باسقاط تمام حقه الذي هو على الآخر او يحط او يبرأ مقداراً منه عن ذمته .

وابرآء الاستيفاء هو عبارة عن اعتراف احد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر . وابرآء الاسقاط قسمان خاص وعام . فالخاص هو ابرآء احد آخر عن دعوى متعلقة بخصوص مادة . والعام ابرآء احد الآخر من كافة الدعاوي

فعلى هذا لو ابرأ الدائن مديونه عن الالف التي في ذمته ، ثم ادعى فبرهن المديون على الاداء او الابراء ، ثم برهن الدائن ان له عليه الفاً ، لم تقبل حتى يبرهن انها حادثة بعد الابراء ، لاحتمال انها الالف التي برهن المديون على ادائها او ابرائه منها .

كذلك لو ثبت بالبينة ان زيداً ابرأ عمراً ابراء عاماً ، ثم ادعى زيد عليه حقاً بدون تاريخ لا تسمع دعواه . لان الابراء ودعواه تحتمل انها بالحق الذي سقط بالابراء او انها بحق حدث بعده فلا تسمع الا ان يبرهن ان ذلك الحق حدث بعد الابراء العام لان اليقين لا يزول بالشك .

ج ١ .

المادة ٥ = الاصل بقاء ما كان على ما كان

يعني ان الذي ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتا او نفياً ، يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليلٌ يغيره .

وهذا هو الاستصحاب . مأخوذ من الاستصحاب اللغوي وهو الملازمة وعدم المفارقة . والاستصحابُ اقسامٌ منها استصحاب النص الى ان يرد نسخٌ . ومنها استصحاب العموم الى ان يرد تخصيص . فهذان يبحث عنهما علماء الاصول . واما بحث الفقهاء فعن استصحاب حكمٍ دل الشرعُ على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان العقد المملك . وكشغل ذمة المتلف عند وقوع الاتلاف منه . وذمة المديون عند مشاهدة استدانته .

والاستصحاب ليس بحجة دافعة الا اذا دل الدليل على ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير من اقالةٍ او ضمانٍ او ابراء ذمة المديون بايفاء او ابراء

وهل هو عبارةٌ عن تحكيم الحال الذي اشارت اليه مادة (١٦٨٣) اي بابقاء ما كان على ما كان ماضياً او حالاً . فاقول: الاستصحاب يكون على هذا نوعين : الاول ان الشيء اذا كان على حالٍ في الزمان الماضي فهو على حاله في المستقبل ما لم يوجد ما يغيره — الثاني ان الشيء الذي على حالته الحاضرة يحكم انه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها ويسمى الاستصحاب المعكوس .

فقول المجلة الاصل بقاء ما كان على ما كان اشارةٌ الى الاستصحاب بمعنى النوع الاول . ومن تحكيم الحال في المادة (١٦٨٣) يُفهم التعرض للنوع الثاني . وكلاهما من نوعي الاستصحاب . لما في فتح القدير عند : فصلٌ بالقضاء بالموارث : ان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ، ومن الحال الى الماضي .

ومن فروع النوع الاول مسئلة المفقود الذي انقطع خبره ولم يعلم موته ولا حياته وذلك لانه حين تغيبه كانت حياته محققة . فما لم يوجد دليلٌ على

موته حقيقة او يحكم بموته بعد اكمال تسعين سنة من عمره او لموت اقرانه ليس لورثته اقتسام ماله ولا تؤخذ وديعته من مودَعه ، ولا تتزوج امرأته باخر ، الى غير ذلك مما هو مسطور في بابه .

ومن فروع النوع الثاني ما في مادتي ١٧٧٦ و ١٧٧٧ من الاختلاف في جريان ماء الطاحون ، وفي طريق الماء الذي يجري الى دار احد بانه حادث او قديم .

ثم لما كان الاستصحاب حجة للدفع لا للاستحقاق فالمفقود لا يكون استصحاب حياته حجةً ملزمة للارث من غيره . حتى لو مات رجل عن بنتين وابنٍ مفقودٍ ، وللمفقودبنتان وابن ، والتركة في يد البنتين ، والكل مقرون بفقد الابن واختصموا للقاضي . لا ينبغي له ان ينزع المال من يد البنتين بل يقضي لهما بالنصف ميراثاً ، ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت . فان ظهر المفقود حيًّا دفع اليه . وان ظهر ميتًا حقيقةً او حكماً يعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف . والثلث الباقي لاولاد الابن للذكر مثل حظ الانثيين (تنوير ودر مختار ورد المحتار .) وقد ذكر في الهداية في فصل القضاء بالمواريث مسئلتين كل واحدة منها تحتوي على نوعي الاستصحاب . الاولى مات نصراني فجاءت امرأته مسلمةً وقالت اسلمت بعد موته فأستحق في ميراثه — وقالت الورثة اسلمت قبلَ موته . فالقول قول الورثة عند ائمتنا الثلاثة . وجهه ان سبب الحرمان قائم في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحون

وقال زفر القول قولها لان اسلامها حادث والحادث يضاف الى اقرب اوقاته كما سيأتي في المادة (١١) وقولهم هو الأرجح . وجهه ان هذه المسئلة اجتمع فيها الاستصحاب بنوعيه . استصحاب الماضي للحال والعكس . اما الاوَّل فلان نصرانيتها كانت ثابتةً فيما مضى ثم جاءت مسلمةً وادَّعت اسلاماً حادثاً فبالنظر الى ما كانت فيما مضى — والاصل فيه ان يبقى الى ما بعد موته كما يقول زفر — هو من النوع الاول لحياة المفقود . وبالنظر الى اسلامها في الحال — والاصل فيه ان يكون موجوداً فيما مضى كما تقول ائمتنا الثلاثة — هو من النوع الثاني

بجريان ماء الطاحون . فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتاً : هو باطل . فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً فكان القول قول الورثة .

المسئلة الثانية : مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت اسلمت قبل موته ، وقالت الورثة اسلمت بعد موته ، فالقول قول الورثة ايضاً ، ولا يحكم الحال لان نصرانيتها كانت ثابتة فهو استصحاب من الماضي الى الحال . والنظر الى اسلامها يقتضي ان يكون ثابتاً قبل موته فهو استصحاب من الحال الى الماضي . فاعتبار النوع الاول يكون دفعاً . واعتبار النوع الثاني يكون استحقاقاً وهو باطل . فاعتبرنا النوع الاول .

قال في العناية : وفيه نظر ، لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث باستصحاب الحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات . ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضاً ظاهر . والظاهر استصحاباً كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب . اي يكون مجيئها مسلمة الخ . دالاً على الاستصحاب استلزاماً لا صراحة .

وحيث كان استصحاب الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق ، قال في الفتح : فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحون شاهداً للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب . فانه به يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا . اجيب : بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ، ولكن اختلفا في التأكيد اي تأكيد الوجوب . والظاهر يصلح حجة للتأكيد .

وفي مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه ، وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت . واستشكل بما ذكر محمد في الاصل : اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته ، وقال الاخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حياته ، وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ، ولم يجعل الحال حكماً على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة . أجيب : بانه انما يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال . واما اذا اختلفا في مقدار منه ، فلا يصار الي تحكيم الحال وان كان السبب قائما . حتى ان في مسئلة الطاحون

اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة ، بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآجر شهراً ، فالقول للمستأجر مع يمينه ، منقطعا كان الماء او جاريا في الحال . لانهما اختلفا في جريان مقدَّر وهو غير ثابت للحال . وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن . والثابت في الحال نفس الاسلام لا سلام لا اسلام مقدر . فهذا هو المأخذ في المسئلة .

ويوافق قاعدة الاستصحاب ما ذكره الاصوليون ان شرع من قبلنا شرعٌ لنا ما لم يرد نصٌ بخلافه

المادة ٦ — القديم يترك على قدمه

يعني القديم المشروع ما لم يوجد دليل على خلافه ، يترك على حاله لحسن الظن بالمسلمين بانه ما وضع الا بوجهٍ شرعي (خيرية في الحيطان) . لان الاصل كما في المادة قبلها بقاء ما كان على ما كان — وحده عند الفقهاء كما في مادة (١٦٦) ما لا يعرف اوله اي لم يوجد احد ادرك زمان احداثه .

فعلى ما ياتي في مادة (١٢٢٤) هذه القاعدة تجري في حق المرور والمجرى والمسيل وحق الشرب او احداث زيادة كوة من احد الشركاء في النهر الخاص ، وحين الاختلاف في وقف قديم جهلت شروطه ، ووجد تعامل قديم على شيء ، فالخصومات في هذه كلها تفصل على مقتضى هذه القاعدة ، انظر المواد ١٢٢٤ و ١٢٢٩ و ١٢٣٦ .

وهذه القاعدة فرع القاعدة قبلها بينهما ، عمومٌ وخصوصٌ مطلق ، لانه بقاء ما كان على ما كان شاملٌ للقديم والحادث الذي يعلم له اول . وهذه في القديم الذي لا يوجد من يعرف اوله . ثم لا يخفى ان هذه المادة ليست على اطلاقها بل مقيدة بالمادة بعدها . اذ لو كان القديم ضاراً يرفع ولا ينظر لقدمه . ولهذا قال :

ج-١

المادة ٧ – الضرر لا يكون قديماً

هذه الصورة مستثناة من القاعده قبلها ، يعني كل شيء اذا كان غير مشروع وفيه ضرر ، يزال . ولا فرق بين القديم والحادث اذ العلة الضرر .

في تنقيح الحامدية عن الذخيرة من كتاب الحيطان (الاصل ان ما كان على طريق العامة ولم يعرف حاله يجعل حديثاً وكان للامام رفعه اهـ)

ولا يلتبس عليك انه اذا كان لاحدٍ مسيل قديم او نحوه على دار جاره والضرر بَيِّن ، ليس للجار منعه اذ بينهما فرق لان هذه المادة في الضرر العام . وكونه غير مشروع ظاهر كوجوده في طريق العامة حتى لو كان بأذن السلطان يأثم (در المختار) . واما مع الخصوص كالجار فلا يرفع اذا كان قديماً ، اذ لعله كان بحق شرعي . وللفرق بينهما ايضاً كان لكل احد حق الانتفاع بالعموميات بشرط عدم الضرر . وليس له ذلك في ملك غيره وان لم يضر الا بالأذن .

واما ما في الفتاوي الحامدية : سئل في ذمي يريد فتح كوةٍ في حانوته مشرفةٍ على دار جاره الذمي وعلى عوراته ، وفي ذلك ضرر بين على الجار ، ويزعم انها قديمة ، فهل يمنع من ذلك ولا فرق بين القديم و الحادث حيث كان الضرر بيناً ؟— الجواب نعم يمنع من ذلك ولا فرق بين القديم والحادث حيث كان الضرر بيناً (كتبه الفقير احمد المفتي بدمشق الشام)اهـ ففيه نظر اذا ثبت ان ذلك كان قديماً في ملك خاص لمخالفته لما هو المعتمد من النقول الذي مشت عليه المجلة في المادة قبلها — ووجه عدم اعتبار القدم للضرر العمومي انه من اصله غير مشروع . انظر المادتين ٢٦و٢٧

وهذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف الذي يرويه سيدنا ابو سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وهو من جوامع الكلم وفي الفرق بين الضرر والضرار اقوال : قيل الضرر الحاق مفسدة بالغير مطلقاً . والضرار الحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة اي كل منهما يقصد اضرار صاحبه من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق . وقيل الضرر ان يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به . والضرار ان يدخل على غيره

ضرراً بما لا منفعة له به ، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع . وقيل الضرار المضارّة اي لا يضارّ احدٌ باحد . وقد ذكر المفسرون ذلك في قوله تعالى: (لا تضارّ والدةٌ بولدها ولا مولودٌ له بولده)اي لا تضارّ والدةٌ زوجها بسبب ولدها وهو ان تعنف بالولد ، وتطلب منه ما ليس بعدل من الرزق والكسوة ، وان تشغل قلبه بالتفريط في شأن الولد ، وان تقول بعد ما ألفها الصبي اطلب له ظئراً وما اشبه ذلك .

ولا يضار مولودٌ له امرأته بسبب ولده بان يمنعها شيئاً مما وجب عليه من رزقها وكسوتها ولا يأخذه منها وهي تريد ارضاعه ولا يكرهها على الارضاع .

ومن المضارة ان يطلق زوجته ثم يراجعها ثم يطلقها قبل الوطء ليطيل عليها عدتها . ومن ثم قال الامام مالكٌ : «اذا كان قصده بذلك تطويل العدة فلا تستأنفها رداً لقصده .»

والنفي بلا الاستغراقيه يفيد تحريم سائر انواع الضرر في الشرع لانه نوعٌ من الظلم ، الا ما خُصّ بدليل كالحدود والعقوبات (ابن حجر ملخصاً .)

يدخل تحت هذه القاعدة من حيث عدم مشروعية الضرر كثير من الاحكام الفقهيه كمشروعيه رد المبيع بالعيب ، او بفوات الوصف المرغوب كما اذا اشترى عبداً على انه كاتب فاذا هو خباز ، وكالشفعة للشفيع لدفع ضرر الجار ، وسيأتي مزيد ايضاح لفروع هذه الفقرة في المادة (١٩) .

المادة ٨ — الاصل برآءة الذمة فاذا اتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لاثبات الزيادة .

المراد بالذمة هنا اهلية الانسان لتحمل عهدة ما يجري بينه وبين غيره من العقود الشرعية . يعني الاصل ان الانسان بريء الذمة من وجوب شيء

عليه او لزومه . وكونه مشغولَ الذمة بحق خلافُ الاصل * فاذا اتلف رجل مال اخر * وعند ارادة المالك تضمينه * اختلفا في مقداره او قيمته القول للمتلف * بيمينه اذا انكر ما يدعيه صاحب المال من الزيادة والبينة على المالك راجع المواد ١٨١٧ و١٨١٨) و١٨١٩ و ١٨٢٠) .

ويبتنى على هذه القاعدة انه لو اقر لآخر بشيء او حق ٍ قُبل تفسيره بما له قيمة والقول للمقر مع يمينه .

واعلم ان هذا الاصل انما يعتبر ويكون القول قول من يتمسك به اذا لم يعارضه ظاهرٌ سواء كان الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر ، او بحسب المعنى . فعلى هذا اذا ادعى على بكر بالغة ان وليها زوجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت ، وقالت بل رددت ، فالقول لها عند الائمة الثلاثة خلافا لزفر ، وان كان المدعي متمسكا بالاصل وهو عدم الكلام ، لان قولها يشهد له الظاهرُ بحسب المعنى . ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار .

بيانه انه يدعي تملك بضعها بدعواه سكوتها من غير ظاهر معه . وهي تنكر . والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود مالك عليها وهو الاصل . فكانت هي متمسكةً باصل فيه معنى الظاهر فكان القول قولها . كالمودَع يدعي رد الوديعة والمودِع ينكر فان القول لمدعي الرد فانه — وان كان مدعياً صورةً — منكرٌ حقيقةً ، لتمسكه بالأصل الظاهر ، وهو فراغ ذمته ، لكونه ظاهراً لا لكونه اصلاً .

كذلك الشفيع اذا قال علمت بالبيع امس وطلبتُ الشفعة ، وقال المشتري بل سكتَّ ، القول قول المشتري ، لان الشفيع ، بتقييد علمه بالامس ، يدعي امراً عارضاً وهو الطلب ، والمشتري يتمسك بالاصل وهو السكوت ، فالقول قوله . — اما لو قال طلبتُ الشفعة حين علمتُ ، فالقول له لعدم تقييد العلم بوقت حتى يكون الطلب عارضاً . ففي هذه الصورة لم يُعتبر السكوت اصلاً في حقه اه (فتح القدير ملخصاً عند قول الهداية : واذا قال الزوج بلغك . . .) وتمامه هناك

وهذا الباب مزلقةٌ عظيمةٌ للحكام والمفتين فينبغي التنبه في حادثات الفتوى والحكم .

هذه القاعدة مأخوذةٌ من الحديث الشريف وهو قوله صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي واليمين على من انكر) لان كل من يتمسك بخلاف الاصل ويريد اثبات امرٍ عارضٍ فهو مدعٍ ، وكل متمسك بالاصل ، منكرٍ للأمر العارض ، مدعى عليه ، وعليه اليمين ، لانه نافٍ ولا سبيل الى اقامة البينة على النفي . اذ لا يعرف ذلك الا بمراقبة الشهود للمدعي عليه في سائر اللحظات من اول وجود الدين في ذمته الى وقت الدعوى ، حتى تكون شهادتهم عن علمٍ و يقينٍ ببراءة ذمته وعدم انشغالها بالدين . فكيف يكلَّف اقامة البرهان على ما يستحيل عادةً اقامة البرهان عليه — الأ ان يكون النفي شرطًا اوِ محصوراً كما هو مسطورٌ في كتاب الشهادات انظر مادة (٧٧)

المادة ٩ — الاصل في الصفات العارضة العدم مثلاً اذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب بيمينه والبينة على رب المال لاثبات الربح.

يعني عند الاختلاف في ثبوت الصفة العارضة وعدمه ، القولُ قول من يتمسك بعدمها مع يمينه .

الصفة العارضة هي ، بمقتضى الأصل ، انسلابُ الموصوفِ عنها . وعكسها الصفة الاصلية وهي بمقتضى الأصل ، وجودها في الموصوف . مثال الصفة الاصلية كونُ المبيع صحيحًا سليماً من العيب ، وكون رأس مال المضاربة على حاله خالياً من الربح ، وكونُ المديون معسراً لا موسراً اذا كان الدين بسبب اتلافه مال الغير لا عن عقدٍ او استقراض . ويقابلها العارضة ، كالعيب في المبيع ، والربح في مال المضاربة ، واليسار في المديون * مثلاً اذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه * فقال ربّ المال ربحتَ الفًا ، وقال المضارب ما حصل ربحٌ * فالقول للمضارب بيمينه * لتمسكه بالأصل وهو عدم الصفة

العارضة * والبينة على رب المال لاثبات الربح * لأنه يدعي خلاف الأصل فيحتاج للاثبات (انظر مادة ٧٧)

فلو تنازع المشتري والبائع ، فقال المشتري يوجد في المبيع العيبُ الفلاني — قاصداً ردّه على بائعه — وانكر البائع وجود العيب ، فالقول قوله بيمينه ، والبيّنة على المشتري كما في سائر المعتبرات .

كذلك المديون من جهة اتلاف اذا ادعى الدائن يساره لأجل حبسه ، وهو ينكر ذلك ويدعي الاعسار ، فالقول قوله بيمينه ، وعلى الدائن البينة لان اليسار صفةٌ عارضةٌ ، والأصل في الانسان الفقر ، فيحتاج في اثباتها الى برهان (بدائع ورد المحتار)

وكذا لو اشترى شيئاً بشرط وصفٍ مرغوبٍ فيه فاختلفا بوجود الوصف وعدمه ، فعلى التفصيل : ان كان من الصفات العارضة كالخَبزِ والكتابة ، فقال المشتري ليردّه ليس كاتباً ، وقال البائع كاتبٌ ، فالقول قول المشترى بيمينه لتمسكه بالأصل ، وعلى البائع الاثبات .

ولو اشتراه بشرط انه سليمٌ من العيب ، فجاء ليرده ، واختلفا في وجود العيب وعدمه ، فالقول قول البائع لتمسكه بالصفة الأصلية — وهي السلامة — وعلى المشترى الإثبات .

* مسئلة * : الصفة العارضة تفارق الصفة الأصلية باحكامٍ اخر . فقد صرّح في البدائع في فصل ما يرجع الى المسروق ، انه لا تقطع يد السارق في سرقة مال الحربي المستأمن في دار الاسلام . قال ، « لان الأمان المؤدي لعصمة ماله صفةٌ عارضةٌ على شرف الزوال لا اصلية . بخلاف الذمي فانه من اهل دار الاسلام ، استفاد العصمة بأمانٍ مؤبد ، فعصمته صفةٌ اصلية . »

ومما يتفرع على هذه القاعدة ما لو باع الوكيل نسيئةً فقال موكله امرتُك بنقدٍ ، وقال اطلقتَ ، صُدّق الآمر لتمسكه بالصفة الأصلية في الوكالة (درر) يعني قولهم : « الاصل في الوكالة الخصوص ، وفي المضاربة العموم »

كذلك لو اختلفا في قيمة المغصوب الهالك ، فالقول قول الغاصب بيمينه ، وعلى المغصوب منه الاثبات ، لتمسكه — اي الغاصب — بالصفة الاصلية

وهي براءة الذمة من الزيادة .

ولو اشترى دهنًا في آنيةٍ ثم قبضها ، ورأسُ الآنية كانت مشدودةً ، ففتحها فوجد فيها فارةً ميتةً ، وانكر البائع ان يكون ذلك عنده ، كان القولُ قوله لما قلنا (خانية) .

ولو اختلف المتبايعان في الصحة والبطلان ، فالقول لمدعى البطلان ، لان انعقاد البيع حادثٌ ، والاصل عدُمه ، والباطل كالعدم لا حكم له . وفي الصحة والفساد . فلمدعي الصحة . لانهما لما اتفقا على العقد ، كان الظاهر من اقدامهما عليه صحته اه .

المادة ١٠ = ما ثبت بزمانٍ يحكم ببقاءه ما لم يقم الدليل على خلافه ، فاذا ثبت بزمانٍ ملك شيءٍ لأحدٍ يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد ما يزيله .

اي ان وجود الشيء فيما مضى وان كان لا يستدعي بقاءه ، لان البقاء هو استمرار الوجود ، الا انه اذا وجد في زمانٍ فما لم يثبت ما يغيره يعتبر باقيًا باستصحاب الحال ، لان الاصل بقاء ما كان على ما كان .

فان وجد في الزمان الماضي ، يعتبر باقيًا الى زمان الحال . كذلك الثابت في الحال ، يحكم انه كان على حاله في الزمان الماضي ، ما لم يثبت خلاف ذلك ، وهو الاستصحاب المعكوس كما تقدم .

فمن كان مالكاً لعينٍ ملكيةً ثابتةً متحققةً فيما مضى ، لا يخرج عن ملكه فيما بعد ، الا باثبات ما يزيله ، بنحو هبةٍ او بيعٍ او اقرار . فبمقتضى هذه القاعدة ، لو ادعى احدٌ دينًا في ذمة ميت ، وشهد به الشهود ، يكفي ، ولا حاجة لان يبينوا . ان هذا الدين باقٍ في ذمته الى حين وفاته . (انظر المادتين ١٦٩٤ و ١٦٩٥)

فان قلتَ هذه المادة من قبيل المادة الخامسة ومتحدةٌ بها ، ومعلومٌ ان استصحاب الحال يصلح حجةً للدفع لا للاستحقاق اي الالزام على الغير ، وقد

ذكر في البدائع من كتاب الشهادات : « ادعى داراً في يد رجلٍ انها ملكه ورثها من ابيه ، وشهد الشهود انها كانت ملكاً لابيه ، فالشهادة مقبولة ويحكم له . » فقد شهدوا له بالملكية فيما مضى ووجد استصحاب الحال ملزماً — قلنا الحكم هناك ليس بناءً على الاستصحاب بل لثبوت الملكية ماضياً ولم يوجد من المدعي عليه برهان على زواله عنه .

يُعلم هذا من فرعٍ آخر ذكره في كتاب الدعوى في « فصلٌ واما تعارض الدعويين » قال : « عينٌ في يد رجل ، ادعاها خارجٌ انها ملكُه مطلقًا من تاريخ كذا ، بدون بيان سببٍ ، وادعى ذو اليدِ كذلك انها ملكه منذ كذا ، واقاما بينةً ، وتاريخ احدهما اسبق ، ترجح بينته سواءٌ كان خارجا او ذا يد . اهـ » فهل يُتوهم في هذا الفرع ان الخارج لو كان تاريخه اسبق ، وحُكم له ، ان حجته صارت الزامًا على الغير بالاستصحاب ؟ — كلاّ بل بينة صاحب التاريخ الاسبق اظهرت الملك له في وقتٍ لا ينازعه فيه الخصم . فعليه ان يثبت سبباً مُزيلا .

فهذه شهادةٌ بالملك المنقضى مقبولةٌ باجماع ائمتنا . بخلاف الشهادة باليد المنقضية ، لما في الدر المختار عن البزازية ، من باب الاختلاف في الشهادة: « الشهادة بالملك المنقضي مقبولةٌ لا باليد المنقضية لتنوّع اليد لا الملك » فاذا كان دارٌ في يد رجلٍ فادعى آخر انها له واقام بينةً انها كانت في يده ، لا تُقبل عند الطرفين خلافًا لابي يوسف لانها شهادةٌ قامت على مجهول اذ اليد تتنوع الى يد ملكٍ او وديعةٍ او اجارةٍ او غصبٍ فلا يحكم بالشك — هذا اذا كان ذو اليد حيًا . فلو ميتًا بان شهدا بانها في يد ابيه الميت تُقبل بالاتفاق ، كما في التكملة عن مسكين .

اعلم ان استصحاب الحال انواعٌ ، نوعٌ منه يصلح للدفع لا للالزام ، وذلك كبراءة الذمة مثلا ، فانها خُلقت بريئة من الاصل ، دلّ العقل على براءتها لا السمع . ونحن نستصحب ذلك الى ان يرد سمع ، كوجوب اشغالها باتلاف مالٍ او عقدٍ مثلاً ، اذ لا مثبت فتبقى على العدم الاصلي . وليس الدليل على براءتها عدم العلم بالدليل ، بل العلم بعدم الدليل ، لان عدم العلم

الدليل لا يصلح حجةً .

ويوجد نوعٌ آخر من الاستصحاب دل الشرع على ثبوته ودوامه ، كالملك عند جريان العقد المملّك ، وكشغل الذمة عند جريان اتلافٍ او التزام عقدٍ . وبعبارة اخرى هو استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه وهو حجةٌ صالحةٌ للإلزام والاستحقاق . ومن هذا القبيل ما نقلناه لك عن البدائع

ويوجد نوعٌ آخر وهو استصحاب الاجماع في محل الخلاف . وهذا مختلفٌ في صحته وفساده . مثالة المتيمم اذا رأى الماء خلال الصلوة هل يمضي على صلاته وتقع صحيحةً ، كما قال به البعض ، متمسكا بان الاجماع كان انعقد على صحة صلاته ودوامها ، فلا يؤثر عليها طروء وجود الماء ما لم يوجد دليلٌ على كون رؤية الماء قاطعًا للصلوة ? — قال في المستصفى: « وهذا فاسد لأن هذا الاستدلال هل هو من لفظ الشارع او من الاجماع فان كان من لفظ الشارع فلعله يدلّ على دوامها عند عدم الماء ، لا عند وجوده . وان كان باجماع الأمة فالاجماع منعقدٌ على دوام الصلاة عند العدم . اما حال الوجود فهو مختلفٌ فيه . ولا اجماعَ مع الخلاف » اه وتمامه هناك . وعلى ما سمعتَ فلا تكون هذه القاعدة مكررةً بالمعنى باعتبارها عين القاعدة الخامسة . اذ يمكن ان يرادُ بالخامسة النوع الاول وهي صالحةٌ للدفع . والمراد بهذا هو النوعُ الثاني من الاستصحاب وهي صالحةٌ للدفع والإلزام . يشير الى هذا قول المجلة : يحكم ببقاءه الخ .. فان الشرع لم يتعرض له باثباتٍ ولا نفيٍ للعلم بعدم الدليل على الناقل له عن حالته (مستصفى واعلام الموقعين) .

❊ تنبيه ❊ كما ان استصحاب الحال يكون محكّمًا عند التنازع في الملك . كذلك عند التنازع في اليد . وهو المفهوم من المادة (ما ثبت بزمانٍ يحكم ببقاءه الخ ...) فالتفريعُ بقولها : « فاذا ثبت ملك شيءٍ لاحدٍ يحكم ببقاء الملك له الخ .. » قاصرٌ — فلو قالت : « فاذا ثبت ملك شيءٍ لاحدٍ او وضعُ يده يحكم ببقاءه او تركه في يده . ما لم يقم الدليل على خلافه . » لكان اشمل . وان كان المثال لا يقتضي الحصر ، لما

في البدائع من كتاب الدعوى في « فصلٌ واما تعارضُ الدعويين » : « ادعى خارجان شيئاً في يد ثالث ، فانكر الذي في يده ، فان لم يقم لها بينةٌ ، وحلف لكل واحدٍ منهما ، يُترك المدعى به قضاء تركٍ لا قضاء استحقاق . حتى لو قامت لها بينة بعد ذلك تقبل ويُقضى لها اه » — فانظر كيف روعي وضع اليد بتحكيم الحال . وتُرك في يده قضاء ترك .

ومثله ما ذكره الامام السرخسي في مبسوطه من كتاب الدعوى : « دارٌ في يد رجلٍ اقام آخر البينة انه اشتراها من ذي اليد بالف درهمٍ ونقده الثمن ، واقام ذو اليد البينةَ انه اشتراها من المدعى ونقده ، عند ابي حنيفة وابي يوسف ، تتهاتر البينتان سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا وتُترك في يد ذي اليد اه »

المادة ١١ الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته ، يعني اذا وقع اختلافٌ في زمن حدوث امرٍ ينسب الى اقرب الاوقات الى الحال ما لم يثبت نسبته الى زمن بعيد .

ذكر في القاعدة التاسعة ان الاصل في الصفات العارضة العدم . والحادث الذي هو موضوع البحث هنا من الصفات العارضة ايضاً . الاّ ان ما تقدم في الاختلاف في ذات الصفة وجوداً وعدماً . وهنا وجود الحادث متفقٌ عليه والاختلاف في زمان حدوثه . فكما ان القول هناك قول من ينفيه ، كذلك القول هنا قول من يُضيفه الى اقرب وقتٍ من الحكم الذي يترتب عليه باعتبار كونه اقرب .

استوضح هذا فيمن اقرّ بدينٍ لأحد ورثته ثم توفى . فادعى باقي الورثة ان الاقرار كان في مرض الموت فهو غير صحيح . والمقر له انه في حال الصحة ، فالقول للورثة مع اليمين . والبينة على المقر له .

فالاقرار صفةٌ عارضةٌ لو اختلفوا فيها لكان القول قول من ينفيها مع اليمين . لكن اتفقوا على وقوعه ، واختلفوا في وصفه ، وهو كونه في اي زمانٍ وقع ، فالقول ايضاً قولهم لهذا المعنى ، وهو ان الاصل في الصفات العارضة الحدوث — وهذا سر ان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته .

والهبة كالاقرار فيما ذكر . راجع مادة (١٧٦٦)

ومن فروع القاعدة ما لو ابرأ المشتري البائعَ قبل قبض المبيع من كل عيبٍ يكون عند العقد ، ثم بعد القبض اراد ردّه بعيبٍ ، فقال البائع كان موجوداً عند العقد فدخل تحت البراءة ، وقال المشتري بل هو حادث عندك بعد العقد قبل ان اقبضه ، فالقول قول المشتري ، لان البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول الاّ الموجود حالة العقد ، والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين ، والبائع يدعيه لأبعدهما ، فكان الظاهر شاهداً للمشتري (بدائع) — وهذا لأن عدم العيب اصلٌ والموجود عارضٌ ، فكان احالة الموجود الى اقرب الوقتين اقرب الى الأصل . والمشتري يدعي ذلك فكان القولُ قوله .

ومنها لو كان في يد رجلٍ دابةٌ ، فقال رجلٌ فقأتُ عينها وهي في ملك البائع ، وقال المشتري فقأتها وهي في ملكي ، فالقول للمشتري (اشباه)

ومنها على قول الأمامين في البئر القليلة اذا ظهر فيها نجاسةٌ او فأرة ميتةٌ ، ولم يُعلم متى وقعت ، يحكم بنجاسة البئر حين عُلم ، وهو القياس . حتى لو كان غسل ثوبه او توضأ منها وصلى ، لا يلزمه كما يقول الامام الاول غسل ثوبه واعادة صلوة يومٍ وليلةٍ عند عدم الانتفاخ او التفسخ ، وثلاثة ايامٍ ولياليها اذا كانت منتفخة او متفسخة . وقوله استحسانٌ للاحتياط في العبادات وهو القياس الخفي (رد المحتار عن البدائع وخلافة) — وجه الاضافة الى زمان العلم ، على قولهما ، مع احتمال ان النجاسة موجودةٌ من قبل ، ان الأصل العدم وهو محقق . ووجود النجاسة عارضةً من قبل محتملٌ ، فلا يعارض اليقين . فهو من قبيل شكٍ طرأ على يقينٍ فلا يؤثر . كمن شك في رضاع اجنبيةٍ فانه يحلُّ له نكاحها وان كان الافضل التنزّه ، لان الاصل الحل ،

وهو كونها اجنبية من بنات آدم ، والحرمة بعارض الرضاع المشكوك شك طرأ على يقين فلا يؤثر — بخلاف اختلاط رضيعته القطعية بأجنبيات ولم تميز ، فانه هناك تعارض يقينان ، يقين التحليل والتحريم ، فيرجح جانب الحرمة احتياطًا .

ومنها ماتت بعد ان وهبت مهرها لزوجها ، فقال الزوج وهبت حال صحتها ، وقالت الورثه حال مرضها ، ففي الخانية القول للورثة ، لان الهبة حادثة فتضاف لاقرب الاوقات من الموت وهو حال المرض .

المادة ١٢ – الأصل في الكلام الحقيقة.

الحقيقة لغة من حق الشيء اذا ثبت . اي ثبتت في مكانها الأصلي وهو ما وضعت له ولم تجاوزه . فعيل بمعنى فاعل والتاء للنقل من الوصفية الى الاسمية .

وفي الاصطلاح : اللفظ المستعمل فيما وضع له ، اي تعين له بحيث يدل عليه بغير قرينة ، سواء كان التعيين من جهة واضع اللغة او غيره — فيشمل التعريف الحقيقة الشرعية كالصلوة للعبادة المخصوصة ، واللغوية كالأسد للحيوان المفترس ، والعرفية كالدابة لما يركب ، والاصطلاحية كالكلمة للفظ المفرد عند النحاة .

ولا بد من اعتبار قيد الحيثية في التعريف ، اي المستعمل فيما وضع له من حيث انه وضع له ، حتى لا ينتقض التعريف بالمجاز جمعًا ومنعًا . فان الصلوة عند الشرعيين اذا استعملت في الدعاء ، لا تكون من حيث انها موضوعة للدعاء ، فتكون بهذا الاعتبار مجازاً في الدعاء . وقس على هذا البواقي (مرآة ملخصاً) .

وقد اخذ في شرح التلخيص لدفع الانتقاض قيد « في اصطلاح التخاطب » اي المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب ، فيستثنى بهذا

القيد عن اعتبار الحيثية .

ويقابلها المجاز ، وهو في الاصل مصدرٌ ميمي بمعنى الفاعل ، من جاز مكانه اذا تعداه . نقل الى الكلمة الجائزة اي المتعدية مكانها الاصلي ، او المجوز بها على معنى انهم جازوا بها وعدّوها مكانها الاصلي (شرح التلخيص) وهو الكلمة المستعملة في غير ما وضعت له لعلاقةٍ مع قرينةٍ مانعة عن ارادة الموضوع له — ولا بد هنا ايضاً من احد القيدين : الحيثية ، او قيد اصطلاح التخاطب ، لئلا ينتقض التعريف بالحقيقة كما تقدم لك من الامثلة في اقسام الحقيقة .

ثم المجاز ان كانت علاقته المشابهة فهو المسمى بالاستعارة . وانْ غيرها كالسببية والمسببية والحالّية والمحلية وغير ذلك من مصححات الاستعمال ، كما هو مبسوطٌ في محله ، فهو المجاز المرسل .

ومن فروع القاعدة ان الحقيقة لما كانت هي الأصل وضعاً ، والمجاز خلفٌ عنها ، لا يُصرف اللفظ عن معناه الحقيقي الى المجازي الا عند عدم الامكان ، بان كان المعنى الحقيقي متعذراً ، فيحمل على المعنى المجازي ضرورةَ عدم اهمال كلام العاقل . كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً ، واكل من ثمرها او جُمارها او طلعها او بُسرها او الدبس الذي يخرج من رطبها ، فانه يحنث (بدائع من الايمان) لتعذر المعنى الحقيقي وهو الاكل من عينها فيحمل على المجازي . راجع المادتين ٦٠ و ٦١ .

فلو وقف على ولده لا يدخل ولد ولده ان كان له ولدٌ لصلبه . فان لم يكن له ولدٌ لصلبه استحقه ولد الابن لان اسم الولد حقيقةٌ في ولد الصلب . ومثله لو اوصى لولد زيد .

ومنها لو حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر او لا يستأجر او لا يصالح عن مال او لا يقاسم ، وهكذا في كل عقدٍ يصح فيه اضافة الوكيل الى نفسه ، او لا يضرب ولده ، لم يحنث الا بالمباشرة ، ولا يحنث بالتوكيل ، لانها الحقيقة وهو مجاز . الاّ انْ يكون مثله لا يباشر ذلك الفعل فيحنث بهما . وان كان يباشره مرةً ويوكل فيه اخرى يعتبر

الأغلب (اشباه)

وقد يتعذر حكم كل من الحقيقة والمجاز فيكون الكلام لغواً ، كقوله لزوجته الثابت نسبها من غيره هذه بنتي ، لا تحرم عليه ، سواء كانت اكبر او اصغر. لكن ان دام على هذا الكلام اي بأن قال ما قلته حقٌ (فتح) فُرِّق بينهما لا لهذا الكلام ، بل منعاً لظلمه لما يترك قربانها كما في العنين . — وانما تعذرت الحقيقة هنا لاستحالتها اذا كانت اكبر منه سناً . واما في الممكنة ، فيما اذا كانت اصغر سناً ، فلأنه يصح رجوعه عن هذا الكلام . والرجوع وان لم يتحقق في الحال ، متحققٌ في المآل ، لان الشرع يكذبه لما فيه من ابطال حق الغير . فالشرع يقوم مقامه في رجوعه (شرح التحرير) .

ولكون المجاز خلفاً عن الحقيقة ، امتنع المجاز اذا امكنت ، لان الخلف لا يزاحم الأصل .

ولا يجوز الجمع بينهما عندنا بان يُستعمل اللفظ الواحد ، ويراد في اطلاق واحد ، معناه الحقيقي والمجازي معاً ، كما صرح به الاصوليون .

واعلم انه في كل محل يمكن استعمال الحقيقة عادةً ، وكان المتعارف الغالب هو المعنى المجازي ، فعند الامام الاعظم يصرف اللفظ الى المعنى الحقيقي ، كما لو حلف لا يأكل من هذه الحنطة او لا يشرب من هذا الفراة ، فان حقيقة الاول ان يأكل من عين الحنطة ، وهو مستعمل ، لانها تقلى وتؤكل قضماً . لكن المجاز وهو الخبز هو الغالب استعمالاً في العرف والعادة ، فيصرف لفظ الحنطة الى عينها ، فيحنث في الأكل منها لا من خبزها . — وحقيقة الثاني ان يشرب من الفراة كرعاً ، وهو ايضاً مستعمل كما هي عادة اهل البوادي ، فيحنث بالشرب كرعاً فقط . ومجازه ان يشرب غرفاً بيده ، او بإناء يتخذ فيه الماء منه ، فلا يحنث بالشرب في هذه الصورة .

وعندهما يصرف اللفظ الى المتعارف الغالب ، فيحنث مطلقاً سواء كان من عينها او خبزها ، او شرب كرعاً او بإناء ، بطريق عموم المجاز .

وهذا الخلاف مبنيٌ على الاختلاف في طريق خلفية المجاز عن الحقيقة — فعندهما الخلفية في حق الحكم : في كل موضع يصح انعقاد الكلام للحكم

الاصلي كمسألة الاكل من الحنطة ، والشرب من الفراة ، يصح انعقاده مجازاً خلفاً عن الحقيقه . وفي كل موضع لم ينعقد للحكم الاصلي ، فلا ينعقد للحكم الخلفي ، اي لا يصلح مجازاً فيقع لغواً .

يتبنى على الخلاف لو قال لعبده الاكبر منه سناً هذا ابني ، لا يعتق عندهما لان هذا الكلام لما لم ينعقد للحكم الاصلي لاستحالته ، لم ينعقد للحكم الخلفي وهو المجاز ، فلا يجعل مجازاً عن الحرية التي هي حكم البنوة ، فيقع لغواً .

وعنده يعتق وان كان الحكم بالبنوة غير صحيح ، لان خلفية المجاز عن الحقيقة باعتبار التكلم . فقوله هذا ابني صحيح من جهة العربية ، وان كان غير صحيح من جهة الحكم . وهذا كاف في استعماله مجازاً لان الحقيقة والمجاز من اوصاف اللفظ ، واللفظ صحيح عربية ، فكان اعتبار الخلفية والاصالة في التكلم اولى ، لانه يصير خلفاً فيما هو وصف له . فاذا تعذر المعنى الحقيقي وجب مجازيته ، فقوله « هذا ابني » مراداً به الحرية ، خلف عن « هذا ابني » مراداً به البنوة . وقواه الكمال (اه ملخصاً من شرح التحرير والنسفي على المنار)

﴿ تنبيه ﴾

قد لا يراد باللفظ الحقيقة في كثير من الالفاظ الشرعية ، بان يكون الكلام غير صالح للمعنى الحقيقي . كقوله صلى الله عليه وسلم : « انما الاعمال بالنيات » اذ معناه الحقيقي ان لا يوجد عمل الجوارح مع انه يوجد ، فلا بد من حمله على المجاز ، اي « حكم الاعمال »

وقد لا يستعمل في حقيقته بدلالة معنى يرجع الى المتكلم ، كما في يمين الفور ، بان ارادت امرأته الخروج فقال لها : « ان خرجت فانت طالق » فمكثت ساعة ثم سكن غضبه ، ثم خرجت ، لا تطلق . فان حقيقة هذا الكلام ان تطلق في كل ما خرجت . ولكن معنى الغضب الذي حدث في المتكلم وقت خروجها ، يدل على ان المراد هي الخرجة المعينة ، فيحمل الكلام عليها مجازاً بهذه القرينة . (وتمامه في شرح المنار)

المادة ١٢ - لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

يعني ان التصريح اقوى من الدلالة . فاذا تعارضا ، فلا عبرة لها في مقابلة التصريح . وعند عدم التعارض ، يعمل بالدلالة ، لانها في حكم الصريح .

وقد يكون هذا في المواضع التي جعلوا السكوت فيها كالنطق ، وهو اظهار المراد بالسكوت ، وهو قسمٌ من اقسام بيان الضرورة المذكور في الاصول ، كقوله تعالى « فان لم يكن له ولدٌ وورثه ابواه فلأُمه الثلث » تخصيصُ الأم بالثلث ، بيانٌ لكون الاب يستحق الباقي ضرورةً ، مع انه مسكوتٌ عنه . فلو فُرض تصريحٌ بخلاف ذلك يكون اولى من الدلالة . وهكذا كل صريح مع الدلالة .

مثالها ما في المادة (٢٧٢) اذا دخل شخصٌ دار آخر باذنه ، فوجد إناءً معداً للشرب ، فهو اذنٌ بالشرب دلالةً . فاذا اخذ ذلك الاناء ليشرب به فوقع من يده وهو يشرب ، فلا ضمان عليه . واما اذا انهاه صاحب الدار عن الشرب ، ثم اخذه ليشرب به فوقع من يده فانكسر ، ضمن قيمته . ففي صورة عدم التصريح بالنهي هو مأذونٌ شرعًا بالدلالة ، والجواز الشرعي ينافي الضمان . بخلاف التصريح بالنهي فانه يُعدم الدلالة ، فلا حكم لها في مقابلته .

والمودَع له السفر بالوديعة كما في سائر المعتبرات . فلو نهاه المودِع صريحًا ليس له السفر بها ، لان الصريح اقوى من الدلالة (بدائع) . والمستعير يملك الاعارة في الجملة عند ائمتنا ، فاذ انهاه صريحًا عن الاعارة لا يملكها .

واذا كان لرجل جاريةٌ مأذونةٌ بالتجارة فاستولدها ، في الاستحسان هو حجرٌ لها دلالةً — قال في البدائع : « لان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق . وامهات الاولاد ممنوعاتٌ عن الخروج في العادات . فكان الاستيلاد حجراً دلالةً . فاذا صرّح بالاذن تبقى مأذونةً لان الصريح

اقوى من الدلالة »

ولو تصدق على انسانٍ فسكت المتصدَّق عليه ، يثبت له الملك ، ولا حاجة الى قوله قبلت . فلو صرَّح بالرد لا يملك . لان الصريح اقوى من الدلالة .

ولو ابرأ مديونه فسكت يبرأ ، ولورده ارتد ، لان السكوت قبولٌ للابراء دلالةً ، والرد عدمه صريحًا ، فهو اقوى (فصولين من الفصل الرابع والثلاثين)

وللبائع حبس المبيع لقبض ثمنه . فلو قبضه المشتري ، ورءاه البائع ، وسكت ، كان اذنًا بالقبض . ولو نهاه فلا ، لأن الصريح اقوى من الدلالة ، كما في رد المحتار عن البحر . وفي البدائع لا يكون اذنًا دلالةً .

ولو قبض الأب مهر ابنته البالغة من الزوج فسكتت ، كان سكوتها اذنًا بالقبض ، ويبرأ الزوج . ولو صرَّحت بالنهي لا يجوز القبض عليها ولا يبرأ الزوج .

ولو باع عقاراً وامرأته او ولده او بعض اقاربه حاضرٌ فسكت ، ثم ان الساكت الحاضر وقت البيع ادعاه على المشتري ، لا تسمع دعواه .

والحاصل ان جميع ما كان السكوت فيه كالنطق فهو من هذا القبيل .

❋ فـائدة ❋

اعلم ان اللفظ المطلق في عبارات المكلفين ، منه ما يوجد مقيداً بقيد نصاً ، ومنه ما يكون مقيداً بالعرف والعادة . فحين الاطلاق اذا انصرف الى قيده المتعارف ، فهو تقييدٌ من المتكلم دلالة بحسب العرف . فاذا صرَّح بعدم ارادة القيد ، فلا اعتبار للدلالة المتعارفة بمقابلة التصريح .

ثم ان ما تقدم من الفروع انما يكون الصريح اقوى من الدلالة اذا وقع الصريح قبل العمل بموجب الدلالة ، والاَّ فلا عبرة للصريح . حتى لو وهب ذا رحمٍ محرمٍ عينًا مثلا ، فقبل الهبة ولم يسلمها ، حتى قام الموهوب له وقبضها بنفسه في المجلس بدون صريح اذنٍ من الواهب ، فمضى وهو ساكت ، فهنا قد صار العمل بموجب الدلالة ، فلا تسمع دعوى الواهب بأن الهبة لا تتم الا بالقبض وكان قبضها بدون اذني فاطلبها منه لعدم تمام العقد .

ولو باع فضوليٌ مال آخر فنفاذه موقوفٌ على اجازة المالك بالشرائط

المذكورة في المادة (٣٧٣) فلو بلغه فطلب الثمن فهو اجازةٌ دلالةً . فلو قال بعد ذلك لست راضياً بالبيع . فالبيع ماضٍ ولا يُلتفت لصريح ردّه (تنوير الابصار) .

﴿ مسئلة ﴾

قد تكون الدلالة اقوى من الصريح اذا كانت دلالة الشرع — كما لو طلق زوجته رجعياً وهو يقول لم اراجعها ، ثم ولدت لستة اشهر او اقل ، ثبت نسبه منه ، وبطل صريح اقراره بعدم الوطء ، لان دلالة الشرع اقوى من صريح العبد .

وما ذكره شارح المجلة الفاضل سليم باز اللبناني مثالاً للتصريح والدلالة بما في المادتين (١٧٥٨) و (١٧٦٠) فالحكم هناك لذي اليد بناءً على استصحاب الحال حيث ثبت ملكه فيما مضى ، فهو باقٍ الى الآن ما لم يوجد ما يزيله . كما تقدم في شرح المادة العاشرة .

نعم ان استصحاب الحال ، مع انه ليس من المنطوق ، يعمل به ما لم تقم بينةٌ على خلافه ، كما يعمل بالسكوت الذي هو بمنزلة النطق ما لم يقاومه صريحٌ بخلافه . لكن بينهما فرقٌ في بعض الاحكام ، وفي الماصدق ، كما لا يخفى على المتبحر .

المادة ١٤ — لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

الاجتهاد لغةً عبارةٌ عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعلٍ من الافعال . ولا يستعمل الاّ بما فيه كلفة وجهد . فيقال اجتهد في حمل حجر الرحى ولا يقال اجتهد في حمل خردلة — ثم صار هذا اللفظ مخصوصاً ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم باحكام الشريعة .

والاجتهاد التام ان يبذل الوسع في الطلب ، بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب .

ثم ان الاحكام الشرعية منها ما هو منصوص عليه في الكتاب او السنة تواتراً او شهرةً او آحاداً ، ومنها ما ليس منصوصاً عليه بل مأخوذاً من ادلة الشرع بالقياس . فكل اجتهاد ادى الى معارضة المنصوص عليه باطل .

واعلم انه قد يرد في محل مخصوص حكمٌ شرعي لم يذكر فيه الا الحكم وذلك المحل ، ولم يبين فيه علة الحكم ولا الاستقصاء لمواضع ذلك الحكم . فهذا من اعظم محل الاجتهاد . كتحريم ماء العنب مثلاً اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وهو المسمى بالخمر . نص الشرع على تحريمه ولم يذكر العلة في التحريم ، ولا محلاً آخر للحرمة خلافه . فالمجتهد بذل وسعه واقتداره في تنقيح العلة واستنباطها . وبعد تتبع الدلالة والآثار ، وجد ان العلة هي الإسكار فقاس عليه كل مسكر .

والقياس ثابت بالكتاب اعني الأمر بالاعتبار وهو رد الشيء الى نظيره بعد آية (هو الذي اخرج الذين كفروا من اهل الكتاب — الآية) وفي حديث معاذ المعروف ، وباجماع الصحابة رضوان الله عليهم .

وشرط المجتهد ان يكون مسلماً عدلا (والعدالة شرط لقبول فتواه لا لاجتهاده في نفسه) حاوياً علم الكتاب بمعانيه لغة وشرعاً ، واقسامه الراجعة الى صيغة النظم ومعناه ، وبوجوه البيان بذلك النظم ، وبوجوه استعمال النظم الكريم في معناه ، وبمعرفة وجوه الوقوف على المراد . والحاصل ان يعرف خاصه وعامه وظاهره ونصه ومفسره ومحكمه وخفيه ومشكله ومجمله ومتشابهه وحقيقته ومجازه وصريحه وكنايته والاستدلال بعبارته وباشارته وبدلالته واقتضائه .

وان يكون حاوياً لعلم السنة بطرقها من التواتر والشهرة والآحاد ، ومتونها من كونها رويت بلفظ الرسول صلى الله عليه وسلم او نقلت بالمعنى ، ووجوه معانيها لغةً وشرعاً ، مع سائر الاقسام والاحوال المذكورة في الكتاب .

وان يكون حاوياً معرفة احكام الاقوال والافعال ، ليعلم ما يوجبه كل واحد منها ومعرفة مواقع الاجماع حتى لا تصدر منه فتوى مخالفة للاجماع — وهذه الثلاث أعني الكتاب والسنة والاجماع ، هي المدارك الثلاث المثمرة للاحكام . ورابعها العقل ، وهو ان يعرف مستند النص والمستند الاصلي للاحكام . فان

العقل قد دلّ على نفي الحرج في الاقوال والافعال ، وعلى نفي الاحكام منها في صور لانهاية لها ، إلا ما استثنته الادلة السمعية . والمستثنيات محصورة وان كانت كثيرة ، فينبغي ان يرجع في كل واقعة الى النفي الاصلي والبراءة الاصلية . ويعلم ان ذلك لا يعتبر الا بنص او قياس على منصوص وما هو في معنى النص من الاجماع وافعال الرسول صلى الله عليه وسلم .

وان يكون عارفاً بنصب الادلة وشروطها التي تصير بها البراهين والادلة منتجة

وان يعرف الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة .

وان يعرف اللغة والنحو ليتسنى له فهم خطاب العرب وعادتهم في الاستعمال الى غير ذلك مما بسطه فخر الاسلام البزدوي والامام الغزالي في كتابيهما الكشف والمستصفى . وتمامه هناك .

المادة ١٥ — ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس

القياس لغة التقدير : يقال قست النعل بالنعل اي قدرته به ، وجعلته مساوياً له . وهو مصدر قايس من المفاعلة ، لا مصدر قاس من الثلاثي . لان المساواة تكون من الطرفين .

وفي اصطلاح الشرع ذكروا له حدوداً : منها «مساواة الفرع الاصل في علة حكمه» واسلمها من الاعتراض ، ما في شرح المنار والمرآة : «إبانة مثل حكم احد المذكورين بمثل علته في الآخر» والكلام على هذا في موضعه .

ومعنى المادة ، ان الحكم الشرعي اذا كان ثابتاً بنص القرآن ، او بالسنة او بالاجماع ، اذا كان معدولاً به عن سنن القياس ، لا يجوز ان يقاس عليه غيره بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير ، لعلةٍ جامعةٍ بينهما . لان حاجتنا الى اثبات الحكم بالقياس ، فمتى ثبت حكم النص على وجه يرده القياس الشرعي ، لم يجز اثباته في الفرع بالقياس ، كالنص النافي لحكم لم يجز اثباته به . وفي شرح التحرير : «لأن حكم الاصل متى كان ثبوته على خلاف القياس ، كان القياس

رداً لذلك الحكم ودفعاً له ، فلم يمكن اثباته به اذ لا يمكن اثبات الشيء بما يقتضى عدم ثبوته . او كان الحكمُ ثابتاً في محله على الخصوص ، اي مختصاً به بنص آخر ، وهو إما ان لا يدركه العقل بأن لا يهتدي العقل الى حكمته وعلته ، او بكون حكم الاصل مستثنى عن سنن القياس اي عن طريقته المسلوكة وقاعدته المستمرة ، كأكل الناسى ، فانه مستثنى عن سنن القياس وهو تحقق الفطر من كل ما دخل في الجوف ، واذا كان مستثنى من سننه ، لا يصح القياس عليه — فلا يصح قياس الاكل خطأً على الاكل ناسياً . »

فهذه المواضع لا يجوز ان يقاس عليها وبتعداها الحكم الى غيرها .

مثال الاول عقد الاجارة منصوص عليه في القرآن (على ان تأجرني ثماني حجج — الآية) وهو خارجٌ عن القياس ، لان القياس يقتضى عدم صحة الأجارة ، لكونها بيع المنافع وهي معدومةٌ غير محرزة ، وغير المحرز لا ماليَّة له ؛ وما ليس بمال لا يُقوَّم : وما لا يقوَّم لا يجوز بيعه . لكنها شُرعت تسهيلاً للعباد . فحيث كان بيع المنافع في الاجارة على خلاف القياس لا يقاس عليها . وعن هذا قال ابو حنيفه : « لا يجوز الحاق الغصب بالاجارة في تقويم منافع المغصوب اذا اتلفها الغاصب او عطلها ، لكون تقويم المنافع في الاجارة ورد على خلاف القياس ، فلا يقاس عليها غيرها »

كذلك السلم هو بيع آجل بعاجل بشرائط مخصوصة ، وهو بيع الانسان ما ليس عنده ، مخالفٌ للقاعدة الشرعية في ان جواز البيع يقتضي محلا مملوكا للبائع موجوداً مقدور التسليم حال العقد ، لما في السنن الاربع عنه صلى الله عليه وسلم : « ولا تبع ما ليس عندك » — لكن ورد في مقابلة ذلك ما في رواية الستة : « من اسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم » فبيع المعدوم ورد في السلم بنص الحديث ، وفي الاستصناع بالاجماع ، وكلاهما على خلاف القياس . فهذا الحكم لا يتعداهما الى غيرهما بالقياس .

ومثال الثاني اعني ثبوت الحكم في محله على الخصوص ، قبول شهادة خزيمة وحده . فأنه مخصوص بقوله عليه السلام : « من شهد له خزيمة فهو

حسبه » جعل صلى الله عليه وسلم شهادته شهادة رجلين كرامةً وخصوصيةً ، مع أن النص اوجب اشتراط العدد في حق العامة — وقصته ما ورد ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ناقةً من اعرابي واوفاه الثمن ، فانكر الاعرابي استيفاءه وقال هلمَّ شهيداً ، فقال من يشهد لي ولم يحضرني احد ، فقال خزيمة انا اشهد يا رسول الله انك اوفيت الاعرابي ثمن الناقة . فقال عليه السلام كيف تشهد لي ولم تحضرني ؟ فقال يا رسول الله إناّ نصدقك فيما تأتينا به من خبر السمآء ، افلا نصدقك فيما تخبر به من ثمن الناقة ؟ فقال عليه السلام : « من شهد له خزيمة فهو حسبه »

فهذا الحكم لا يجوز تعليله اصلاً ، حتى لا يثبت بشهادة غير خزيمة ممن هو مثله او فوقه في الفضيلة ، لانّا متى عدّينا الحكم الى غيره ، أبطلنا خصوصيته الثابتة بنص الحديث كرامةً . وانما اختص بهذه الكرامة ، لاختصاصه من الحاضرين بفهم جواز الشهادة للرسول عليه السلام بناء على ان قوله عليه السلام في افادة العلم بمنزلة العيان .

ومثال ما لا يعقل معناه : القاعدة المستقلة المستفتحة كاعداد الركعات في الصلاة من المكتوبات والواجبات والمندوبات ، واعداد الاشواط في الطواف ، ومقادير الزكوة من ربع العشر في النقدين وغيره في غيرها من الاموال . فهذا القسم ايضًا لا يقاس عليه لعدم ادراك علته التي يعدي بها مثل الحكم الى غيره ، ويسمى هذا القسم خارجاً عن القياس تجوزاً .

وهنا مسئلة تحتمل الوجهين : ان تكون خاصيةً فتكون نظير مسئلة خزيمة المارة ، وان تكون مستثناةً من النص ، معدولاً بها عن سنن القياس وذلك ما عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه : وهو انه جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هلكتُ يا رسول الله . قال وما اهلكك ؟ قال وقعتُ على اهلي في رمضان . فقال هل تجد ما تعتق رقبةً ؟ قال لا . قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين ؟ قال لا . قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكينًا ؟ قال لا . ثم جلس ، فاتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرقٍ فيه تمرٌ فقال تصدق بهذا . فقال أعَلَى افقرَ منا ؟ فما بين لابتيها

اهلُ بيتٍ اجوح اليه منا ! فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ، وفي رواية ثناياه ، قال اذهب فأطعمه اهلك . وفي رواية لابي داود : « كله انت واهل بيتك وصم يومًا واستغفر الله تعالى »

فهذه الرواية ، كما في شرح التحرير ، تقتضي ان الكفارة كانت باقية في ذمته بناءً على انها لا تسقط بالعسرة المقارنة لوجوبها ، كما هو قول جمهور العلماء . وبكون ما اخذه تمليكا له من النبي صلى الله عليه وسلم ليخرجه عن كفارته . والعدول عن القياس انما هو بترخيصه في إطعامها نفسه وعائلته دون غيرهم ، وقد سقطت عنه بذلك . ويحتمل ان تكون الكفاره سقطت عنه بتناولها . ويؤيده ما اخرجه الدارقطني عن علي رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل : (انطلق فكله انت وعيالك فقد كفر الله عنك) فعلى هذا يكون سقوط الكفارة خاصيةً للأعرابي . واليه مال الامام الغزالي في المستصفى . هذا خلاصة ما في شرح التحرير وبقية البحث هناك .

يقول الفقير : وما هذه الخاصية للاعرابي إلا كرامةً للنبي صلى الله عليه وسلم حيث استعطف في جوابه المذكور قلبه الشريف فبادره الوحي باسقاط الكفارة عنه — ويؤيده ان هذا العرق كان خمسة عشر صاعاً ، والكفارة تقتضي اكثر من ذلك ، ولما صح عن الاعرابي انه مع ذلك كان قادراً على الصيام ، وكفارة الاطعام مرتبة عليه كما لا يخفى . فعلى ما رواه الدارقطني وما جنح اليه الغزالي من سقوط الكفارة ، يحمل قول الامام الزيلعي : (خص الاعرابي باحكام ثلاثة : بجواز الإطعام مع القدره على الصيام ، وصرفه الى نفسه ، والإكتفاء بخمسة عشر صاعاً ، على ان سقوط الكفارة عنه تضمنت هذه الأحكام) .

المادة ١٦ — الاجتهاد لا ينقض بمثله .

تقدم في القاعدة (١٤) معنى الاجتهاد شرعاً وبيان شروطه . وليس المراد من الاجتهاد هنا عينه هناك ، بل الأعم الشامل لانواع ثلاثة :

الاول اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليلٌ قاطع . وهذا هو معنى الاجتهاد الاول الاصطلاحي المذكور في المادة (١٤)

الثاني الحادثة التي وقع الحكم فيها من القاضي .

الثالث مسائل التحري .

وقد استخرج الفقير ذلك من تتبع كلام الاشباه على قوله : « القاعدة الاولى الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد » حيث مرج الانواع الثلاثة وفرّع عليها . فلنتكلم على كل نوعٍ بما يناسبه .

الاول ان المجتهد اذا حكم في المسائل الظنية التي لم يرد فيها نص قاطع، ولم يغاير في حكمه كتاباً ولا سنةً ولا اجماعاً ، نفذ حكمه ولا يجوز نقضه ، لا من قبله اذا تغير اجتهاده ، ولا من مجتهد آخر يرى خلافه . نعم له حين تبدل اجتهاده ان يحكم في غير تلك الحادثة بحسب اجتهاده الثاني . وذلك لانه لو جاز النقض لجاز ايضاً نقض النقض فيتسلسل ونضطرب الاحكام فلا يوثق بها . وهذا معنى ما في التنوير : « واذا رُفع اليه حكم قاضٍ آخر نفذه ، الا ما خالف كتاباً او سنةً مشهورةً او اجماعاً . »

وقد استفيد من شرح التحرير والمستصفي ان هذا الاجتهاد قد ينقض بمثله بمجرد الرأي بدون حكم حيث قال : « وللشافعية فرعٌ : لو تزوج امرأةً بلا ولي على جوازه في اجتهاده ، فتغير اجتهاده بان رآه غير جائز ، فالمختار التحريم مطلقاً ، حكم الحاكم بالتحريم ام لا ، والعلة انه مستديمٌ لما يعتقده حراماً .

« وقيل يحرم بقيد ان لا يحكم به بالجواز . فان حكم به لا يحرم . والا فلو حرم بعد حكم حاكم بجوازه ، نقض حكم الجواز بالاجتهاد المؤدي الى التحريم ، والحكم لا ينقض بالاجتهاد » .

وقال في المستصفي : « المجتهد اذا اداه اجتهاده الى ان الخلع فسخٌ لا طلاق ، فنكح امرأةً خالعها ثلاثاً ، ثم تغير اجتهاده ، لزمه تسريحها ولم يجز له امساكها على خلاف اجتهاده . ولو حكم بصحة النكاح حاكمٌ بعد ان

خالع الزوج ثلاثاً ، ثم تغير اجتهاده ، لم يفرق بين الزوجين ، ولم ينقض اجتهاده السابق بصحة النكاح لمصلحة الحكم اه » — والمذهبان واحدٌ في عدم جواز نقض الاجتهاد بالاجتهاد .

النوع الثاني : اذا حكم القاضي المقلد في المسائل الاجتهادية ، وكان حكمه غير خارج عما تقيد به من قبل السلطان كما هو مسطور في مادة (١٨٠١) فهذا ايضاً لا يجوز نقضه ، وهو معنى قول الفقهاء كما في التنقيح « الدعوى متى فُصلت مرة بالوجه الشرعي لا تنقض ولا تعاد » اي للعلة السابقة وهي ان النقض يستلزم نقض النقض فيتسلسل وتضطرب الاحكام. وامثلتها لا تنحصر لشمولها جميع احكام القضاة الصحيحة .

ومن هذا النوع ما لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق ثم تاب فاعادها لم تقبل — ولا يرد مثل الصبي والعبد اذا شهدا بعد البلوغ والحرية في حادثةٍ رُدت شهادتهما فيها حال الصغر والرق . لأنها في هاتين الحالين ليست بشهادة شرعا ، فلهذا قبلت بعد البلوغ والحرية .

النوع الثالث : الاجتهاد بمعنى التحري . ومن فروعه كما في الاشباه لو تغير اجتهاده في القبلة عمل بالثاني . اي ولا يبطل الاول لان الاجتهاد لا ينقض بمثله . حتى لو صلى اربع ركعات الى اربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء .

ومنها التحري في ثوبين احدهما نجس ، فتحرى باحدهما وصلى ، ثم وقع تحريه على طهارة الآخر ، لم يُعتبر الثاني لان الاجتهاد لا ينقض بمثله

ومثله التحري باناءين احدهما نجس ، بناءً على جواز التحري في الاناءين . ونقل في الاشباه عن شرح المجمع « لو كانا اناءين يريقهما ويتيمم اتفاقاً . »

ثم ان ما ذكره الشارح الفاضل سليم باز اللبناني نقلاً عن الاشباه من انهُ خرج عن القاعدة نقض القسمة للغبن الفاحش ، وقد حُكم بصحتها ، فاقول : نقضُ القسمة هنا لامرٍ ظهر ، وهو عدم صحة الحكم بصحتها لفقد شرطها وهو

التعادل . والقاعدة انما هي في عدم جواز نقض الحكم الصحيح المستوفي شرائطه ، بحكم مثله . وهذا من قبيل نقض الفاسد بالصحيح . فلا طائل في عدها من المستثنيات .

كذلك مسئلة الامام اذا راى شيئاً ثم مات او عزل الخ ... لان الإمام نصب للنظر في مصالح المسلمين . والتغيير على حسب المصلحة ، وعمل الاول كان مصلحةً لا حكماً .

المادة - ١٧ المشقة تجلب التيسير ، يعني ان الصعوبة

تصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت المضايقة . يتفرع على هذا الأصل كثير من الاحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغير ذلك . وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الاحكام الشرعية مستنبطٌ من هذه القاعدة .

اعلم ان اصل الشرع مبناه على اليسر والتسهيل . قال الله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال صلي الله عليه وسلم (احب الدين الى الله الحنيفة السمحة) وعن هذا ترى كثيراً من الاحكام الشرعية إنما شُرعت للتسهيل على العباد . ولولا ذلك لعظمت المشقة واشتد الحرج . وكلها متفرعةٌ عن هذه القاعدة .

ثم ان جميع التسهيلات والتخفيفات الواردة في الشرع لا تخلو عن نوعين : نوع شرع من اصله للتيسير ، ونوع شرع لما يوجد من الاعذار العوارض ، وهو المسمى بالرخصة .

وهنا حيث عطف التخفيفات على الرخص عطف تفسير ، اشعر ان المراد في الرخصة الشرعية من النوع الثاني . وللايضاح نذكر امثلةً

كاشفة للنوعين :

الاول شرعية ، مثل القرض والحوالة والحجر والوصية والسلم والإقالة والشركة والصلح والعارية والوديعة والرهن والضمان والابراء والاجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة وخلافها .

اما القرض والإعارة والإجارة ، فتسهيلاً على الناس شرعت لإباحة الانتفاع بملك الغير . واما الوكالة والابداع والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة فلاستعانة الانسان بغيره لعجزه . واما الحوالة فليتمكن الدائن من استيفاء دينه من غير المديون بطريق الحوالة . واما الرهن والكفالة بالمال او النفس فلتأمين حق الدائن وتوثيقه . واما الابراء فلحط كل الدين او بعضه عن ذمة المديون وهكذا يقال شرع خيار الشرط في البيع للمشتري او البائع دفعاً للندم . وشرع السلم والبيع بالوفاء لاضطرار المفلس إلى النقد . وعلى هذا المنوال اكثر الاحكام .

النوع الثاني التسهيل والرخص التابعة للعوارض . والعوارض تكون سماوية كالصغر والجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء والرق والمرض والموت . فالصغر يسقط به ما يحتمل السقوط عن البالغ ، كالصلوة والصوم يحتملان السقوط عن البالغ بالجنون وغيره ، ولا يسقط عنه فريضة الايمان ، بمعنى انه اذا اداه كان فرضاً . فلو كانت الفريضة ساقطة ، كان نفلاً لا فرضاً ، كما في الصلاة والصوم . الا ترى انه اذا آمن في صغره لزمته الاحكام التي تثبت تبعاً للايمان الفرض ووضع عنه إلزام الاداء والتكليف بالايمان ؟ . وجملة الامر ان توضع عنه العهدة ، ويصح منه وله ما لا عهدة فيه ، فلا يحرم من الميراث بالقتل عندنا ، بخلاف الكفر والرق يحرم بهما .

واما الجنون فيسقط به كل العبادات .

واما العته بعد البلوغ فهو كالصبا مع العقل في الاحكام . حتى لا يمنع صحة القول والفعل . فلو اتلف مال الغير ضمن ، ولو توكل من إنسان صح . ويتوقف بيعه وإجارته على إجازة الولي ، لكنه يمنع العهدة .

والنسيان يكون عفواً في حقوقه تعالى ، وهو عذر في سقوط الإثم لا في

حقوق العباد .

والنوم لما كان عجزاً عن استعمال القدرة ، وجب تأخير الخطاب ، ولم يمنع الوجوب ، وهو منافٍ للاختيار اصلا . حتى بطلت عبارات النائم في الطلاق والعتاق ، ولم يتعلق بقهقهته في الصلاة حكم .

ومثله الاغماء ، وهو مرضٌ يضعف القوى ويزيل الحجا وهو كالنوم . وقد يحتمل الامتداد فيسقط به الاداء ، كما في الصلاة ، اذا زاد على يوم وليلة .

والرق ، وهو عجز حكمي لا حقيقي ، اسقط عنه مثل الحج والجمعة .

والمرض شرعت العبادات عليه بالقدرة الممكِنة : فيصلي قاعداً ان لم يقدر على القيام ، ومستلقياً ان لم يقدر على القعود .

والحيض والنفاس وهما وان كانا لا يعدمان الاهلية ، لكن الطهارة شرطٌ للصلاة ، وفي فوت الشرط فوت الأداء . فلو وجب القضاء لكان ذلك حرجاً في الصلاة ، ولا حرج في قضاء الصوم .

والموت ، وهو وان كان منافياً للأهلية في احكام الدنيا ، لكن يبقى للميت ما تقضى به الحاجة : فيقدم تجهيزه ثم ديونه ثم وصاياه من ثلث ماله .

واما العوارض المكتسبة فمنها الجهل بالشريعة في دار الحرب من مسلم لم يهاجر الينا وإنه يكون عذراً .

ويلحق به جهل الشفيع بالبيع ، يكون عذراً وله حق الشفعة .

وجهل الأمة اذا عتقت في ان لها خيار العتق .

والسفه ، فيحجر على السفيه في ماله نظراً له .

والسفر من اسباب التخفيف ايضاً (راجع كتاب المسافر)

والخطأ فهو عذرٌ صالح لسقوط حقه تعالى .

والإكراه فإن له رخصاً معلومةً في بابها . راجع المادتين ١٠٠٦ و ١٠٠٧ في حق المكره والمواد ٤٥٨ و ٦٢٨ و ١٤٥٧ و ١٥٣٩ و ١٥٧٣ و ١٦١٦ و ١٥٤١ و ١٦٦٣ و ٩٥٧ و ٩٧٤ و ١٩٠٤ تجد الرخص والتخفيف في حق الصبيان والمجانين والمعتوهين والوكلاء

واعلم انه قد خرج عن هذه القاعدة ما نص عليه ، وان كان فيه

مشقة عمت فيه البلوى ، كبول الانسان المنصوص على نجاسته ، فالمشقة هنا لم تجلب التيسير .

المادة ١٨ — الأمر اذا ضاق اتسع، يعني اذا ظهرت مشقة في امر يرخص فيه ويوسع .

هذه القاعدة مستخرجة من القاعدة قبلها ، وبينهما تقارب في المآل. فمن فروعها ان المدبون اذا كان معسراً ، ولا كفيل له بالمال ، يترك الى وقت الميسرة . واذا لم يقتدر على ايفاء الدين جملة ، يساعد على تأديته مقسطاً

ومنها شهادة النساء والصبيان في الحمامات والمواضع التي لا يحضرها الرجال ،دفعاً لحرج ضياع الحقوق .

ومنها قبول شهادة القابلة على الولادة ، ضرورة حفظ الولد ونسبه .

ومنها إباحة أكل الميتة او مال الغير على ان يضمنه عند الاضطرار حفظاً للحياة .

ومنها ان المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج من بيتها ايام عدتها اذا اضطرت للاكتساب .

ومنها مسائل جواز التحري في كل شيء يباح عند الضرورة .

ومنها جواز الإجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان ، على ما هو المفتى به عند المتأخرين ، حفظاً للشعائر من الضياع .

ومنها الاعذار الموجبة لفسخ الإجارة دفعاً للضرر .

ويلحق بذلك المسائل التي يغتفر فيها بالبقاء ، ما لا يغتفر في الابتداء. لان البقاء على الامضاء ارفق من النقض. كبيع قن ضم الى مدبر او مكاتب فانه بيع بالحصة مما يوزع على القن وما ضم اليه ، وفيها نوع جهالة بمقدار الثمن ، تندفع نوعا بالتقدير . الا ان المضموم الى القن دخل في العقد اولاً ثم خرج ، فيتوسع بقاء . بخلاف قن ضم الى حر ، فهو بيع بالحصة ابتداء لعدم دخول

الحر أصلا .

وكالموهوب اذا طرأ عليه الشيوع بعد القبض ، اغتفر فيه بقاء لا ابتداء للتوسيع . ونظيره المأجور والمرتهن . (در المختار) .

كذلك الحكم على غائب اوله ، لا يجوز . وقد توسع في جوازه في كل محل يكون ما يُدعى على الغائب ، سبباً لا محالة لما يُدعى على الحاضر ، تسهيلا لرعاية الحقوق ، كما هو مبسوط في الدر المختار وحاشيته رد المحتار من كتاب القضاء .

والام لا تجبر على ارضاع ولدها قضاء . لكن اذا كان لا يلتقم الا ثديها ، تجبر لدفع الضيق في إعاشة الصبي .

ومن مسائل التوسيع ما في الدر المختار وغيره : « لو مات المكاري في طريق مكة ، ولا حاكم في الطريق ، فبقي الى مكة ، فيرفع الامر الى القاضي ليفعل الأصلح : من ايجارها للمستأجر لو امينا ، او بيعها ويدفع له اجرة الإياب ، إن برهن على دفعها . فقد توسع في بقاء العقد للضرورة ، كما توسع في فسخه للأعذار — أكثر مسائل الاجماع والاستحسان مبني على هذه القاعدة

واعلم ان هذه القاعدة كالتي قبلها ، تجري فيما ليس فيه نص صريح ، والا فلا تقابل المنصوص عليه .

المادة ١٩ — لا ضرر ولا ضرار .

هذه هي لفظ الحديث النبوي الذي اسلفنا الكلام عليه في شرح المادة السابعة ، وان مأخذها منه ، وتقدم طرف من الكلام على الفرق بين الضرر والضرار .

وفي الاشباه : « ويبتنى عليه كثير من ابواب الفقه ، كالرد بالعيب وجميع انواع الخيارات والحجر بسائر انواعه والشفعة والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلفات والجبر على قسمة المشترك اذا اتحد الجنس ، ونصب الأئمة

والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة ، الى غير ذلك مما في حكمة شرعيته دفع الضرر، اذ لا ضرر ولا ضرار »

وفيها ايضاً عن البزازية من كتاب الكراهية ، « باع اغصان فرصاد ، والمشتري اذا ارتقى ليقطعها يطلع على عورات الجيران ، يؤمر بان يخبرهم وقت الارتقاء ليستتروا مرة او مرتين . فان فعل ، والا رفع الى الحاكم ليمنعه عن الارتقاء »

ومن فروعها ان احد الشريكين في الملك المشترك اذا احتاج الى العمارة وابى الآخر ، لا يجبر بل ينظر : اذا كان قابلاً للقسمة ، يقسم ويفعل كل منهما بنصيبه ما يريد . لأن في اجباره على تعمير ملكه شبهة المضارة المنهي عنها ، . في رفع الأمر الى الحاكم ، حتى يحبس العين بعد التعمير بالأذن الى ان يستوفي من شريكه قدر ما أصاب حصته ، تندفع الشبهة .

وهذا فيما لا يقبل القسمة . والا يقسم ويفعل كل منهما بنصيبه ما اراد . لكن اذا كان الملك المشترك بين يتيمين محتاجاً الى التعمير ، فابى احد الوصيين ، وكان في إبائه ضرر على اليتيم ، يجبر من قبل الحاكم كما في مادة (١٣١٩) كذلك إذا تعلق في المشترك حق الغير ، كالشركاء في حق الشرب ، اذا كان النهر عاماً وابى بعض الشركاء عن كريه ، يجبر من قبل الحاكم كما يأتي في المادة (١٣٢٤)

المادة ٢٠ – الضرر يزال .

وانما كان الضرر يزال شرعاً لما استفيد من القاعدة قبلها . اذ يتفرع من قاعدة عدم جواز الضرر والضرار ، ان الضرر يزال .

وعلى هذا يبتني كثير من ابواب الفقه : فإن خيار العيب والرؤية انما شرع لدفع الضرر ، وخيار الشرط والنقد لدفع الضرر عمن شرط له ، وشرعت الشفعة لدفع ضرر جار السوء ، والجبر على القسمة بشرطه ، والمهايأة لدفع ضرر الشركة ، وكذا ضمان المتلفات المذكورة من كتاب الإجارات في المواد ٥٤٥ و٥٤٦ و٥٤٨ و٥٥١ و٥٥٦ و٥٥٧ و٥٩٤ و٦٠٢ و٦٠٣ و٦٠٤ و٦٠٦ و٦١١ ومثله مسائل

الحيطان والمعاملات الجوار به المذكورة في المواد ١٢٠٠ و ١٢٠١ و ١٢٠٢ و ١٢٠٦ و ١٢١٢ و ١٢١٤ كلها متفرع من هذه القاعدة .

ويبتني عليها دفع الصائل ، وقتال المشركين والبغاة ، ونصب الأئمة والقضاء (اشباه) قال : «وهذه القاعدة والتي قبلها متحدتان تصدق كل منهما على ما تصدق عليه الاخرى فيكتفى بذكر إحداهما »

واعلم ان هذه القاعدة مقيدة بالقاعدة الخامسة والعشرين الآتية ، وهو ان الضرر يزال ، لكن لا على الاطلاق ، بل بشرط ان لا تكون إزالته بضررٍ مثله .

ومن فروع ذلك عدم وجوب العمارة على الشريك . وإنما يقال لمريدها انفق واحبس العين الى استيفاء قيمة البناء أو ما أنفقته . فالاول ان كان بغير إذن القاضي ، والثاني ان كان باذنه ، وهو المعتمد .

ولا يجبر السيد على تزويج عبده او أمته وان تضررا . لان ذلك ضرر عليه والضرر لا يزال بمثله . ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ، ولا شيئًا من بدنه لهذه العلة .

ثم ان قاعدة الضرر لا يزال بمثله الآتية ليست ايضًا على الاطلاق ، بل مقيده بالقاعدة ٢٦ « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » فحينئذ تجوز إزالة الضرر بالضرر ، وذلك ان يدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كجواز الرمي الى كفار تترسوا بصبيان المسلمين ، ووجوب نقض حائطٍ مملوك مال الى طريق العامة ، على مالكه ، دفعًا للضرر العام ، وجواز الحجر على العاقل البالغ الحر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى في ثلاث : المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس (اشباه — وتمامه هناك)

وبالتأمل يعلم ان القواعد ٢١ و ٢٢ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ و ٣١ تتفرع من هذه القاعدة .

المادة ٢١ = الضرورات تبيح المحظورات ٠

هذه قاعدة اصولية مأخوذة من النص وهو قوله تعالى : « إلا ما اضطررتم اليه » والاضطرار الحاجة الشديدة ، والمحظور المنهي عن فعله ، يعني ان الممنوع شرعا ، يباح عند الضرورة ٠

إعلم اولاً ان افعال المكلّف من جهة التصرفات الحسية يتعلق بها حكمان :

حكم يتعلق به اولاً وبالذات مقاصد دنيوية ، ككون الفعل صحيحاً ، ام فاسداً ، ام باطلا ، ومنعقداً ام لا ، ونافذاً ام لا ، ولازماً ام لا ، كما هو معلوم تفصيلاً من الأصول والفقه ٠

وحكم يتعلق به اولاً وبالذات مقاصد اخروية : وهي إما عزيمة وهو ما شرع ابتداء؟ غير مبني على أعذار العباد٠ وإما رخصة ،وقد تقدم بيانها في شرح المادة ١٧ فارجع اليها ٠

ثم هذه الرخصة ثلاثة انواع : نوع هو مباح كأكل الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وشرب الخمر عند المجاعة او المخمصة او العطش او عند الإكراه التام بقتل ٍ او قطع عضو ٠ فهذه الاشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى (الا ما اضطررتم اليه) اي دعتكم شدة المجاعة الى أكلها ٠ والاستثناء من التحريم إباحة (بدائع) ٠

وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة يتحقق بالإكراه ، فيباح التناول ، ولا يباح الامتناع ٠ حتى لو امتنع حتى مات او قتل يؤاخذ ، لانه بالامتناع صار ملقياً نفسه بالتهلكة وقد نهي عن ذلك ٠ وان كان الإكراه ناقصاً كحبس ٍ او ضرب لا يخاف منه التلف ، لا يحل له ان يفعل ٠

ونوع لا تسقط حرمته بحال ، ولكن يرخص فيه : كاتلاف مال المسلم ، والقذف في عرضه ، وإجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالايمان اذا كان الاكراه تاماً ٠ فهو في نفسه محرم مع ثبوت الرخصه

فاثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة ، لا في تغيير وصفه وهو الحرمة . والامتناع عنه افضل ، حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً .

ونوع لا يباح ولا يرخص اصلا لا بالاكراه التام ولا بخلافه : كقتل المسلم ، او قطع عضو منه بغير حق ، والزنا وضرب الوالدين .

اذا عرفت هذا فهذه القاعدة لا تتناول النوع الاخير ، لانه لا يباح بحال من الاحوال . بل تتناول النوع الاول مع ثبوت إباحته ، والثاني مع بقائه على الحرمة . والترخيص إنما هو في رفع الإثم ، كنظر الطبيب الى ما لا يجوز انكشافه شرعاً من مريض او جريح ، فانه ترخيص في رفع الإثم لا الحرمة . وكالاضطرار لاكل مال الغير عند المخمصة ، فانه لا يسقط حرمة مال الغير كما سيأتي في المادة ٣٣ ، بل يسقط عنه الإثم ، ويجب عليه ضمانه او الاستحلال من صاحبه

ومن قبيل الضرورات ما في المادة (١٦٨٥) .

المادة ٢٢ — الضرورات تقدر بقدرها

يعني كل فعل او ترك جُوّز للضرورة ، فالتجويز على قدرها ، ولا يتجاوز عنها . فمن أصابته مخمصةٌ فاضطر لاكل الميتة او مال الغير على ان يضمن مثله او قيمته ، يتناول مقدار ما يسد الرمق لدفع الهلاك .

والضرورة هنا من النوع الاول من انواعها التي ذكرناها في شرح المادة قبلها ، فهي ترفع المؤاخذة لا الضمان .

كذلك الطبيب ينظر من العورة بقدر الحاجة .

واذا احدث رجل في بنائه شباكاً يطل على مقر نساء جاره ، لا يؤمر بهدم الحائط وسد شباكه كلياً ، بل بقدر ما يرفع الضرر عن جاره بصورة تمنع النظر ، كما يأتي في المادة (١٠٠٢) راجع المادتين ٣١٧ و ١٦٨٥ .

كذلك ما يأتي في المادة ٩٩٨ لو ظهر للحاكم مماطلة المديون في اداء دينه حال كونه مقتدراً ، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه ، حجر الحاكم

ماله . واذا امتنع عن بيعه وايفاء الدين ، يبدأ الحاكم بما هو أهون في حق المديون بتقديم النقود اولاً ، فان لم تف فالعروض ، فان لم تف فالعقار ، لان الضرورة تقدر بقدرها .

ومن فروعها ايضاً أن المضارب من جهة كونه اميناً ، فرأس المال في يده امانة في حكم الوديعة . فبمقتضى المادة (١٤١٤) والمادة (١٤١٩) المضارب في المضاربة المطلقة إذا ذهب بعمل المضاربة الى محل غير البلدة التي وجد فيها يأخذ مصروفه بالقدر المعروف من مال المضاربة ولا يتجاوزه .

ومنها ما في الخانية من « فصل في الختان » : « المرضعة اذا ظهر بها الحبل وانقطع لبنها ، وليس لأبي الصغير ما يستأجر به ظئراً ، ويخاف هلاك الولد ، قالوا يباح ان تعالج في استنزال الدم ما دام الحمل نطفة او علقة او مضغة لم يخلق له عضو ، وقدّروا تلك المدة بمائة وعشرين يوماً . وانما ابلحوا له افساد الحمل باستنزال الدم لانه ليس بآدمي ، فيباح لصيانة الآدمي ولا يجوز بعد مضي مائة وعشرين يوماً ، لأنه يكون قتل نفس محترمة لصيانة نفس أخرى » .

وفيها ايضاً ، من فصل من لا تقبل شهادته لفسقه : « لو ادعى رجل على آخر حقاً وشهدت به الشهود ، فقال المدعي عليه انا اقيم بينة على ان الشهود فسقة او زناة ، او على اقرار الشهود ان المدعى استأجرهم على هذه الشهاده ، او على اقرارهم انهم قالوا لا شهادة عندنا للمدعى على هذا المدعي عليه ولا على غيره ، لم تقبل شهادة شهود المدعى عليه ، ولا يثبت الجرح عند علمائنا . » وعللوا ذلك بأن هذا طعن مجرد لا يترتب عليه حكم فيه اظهار الفاحشة من غير ضرورة ، فيفسق صاحبها فلا تقبل — فان قيل يترتب عليها حكم وهو رد الخصومة عن المدعى عليه ، اجابوا بانه يمكن الشهود اخبار القاضي بذلك سراً ، من دون هتك الستر . والشاهد هنا أن ضرورة دفع الخصومة عن المدعي عليه تتأتى بهذا المقدار ، ولا يجوز التجاوز عنها لدرجة الإشاعة ، حيث كانت جرحاً مجرداً . بخلاف ما لو ادعى المشهود عليه جرحاً يدخل تحت الحكم وهو الجرح المركب ، بان اقام

البينة ان شهود المدعى زنوا ، ووصفوا الزنا ، او شربوا الخمر ولم يتقادم ، او سرقوا مني شيئاً ، قبلت شهادتهم و بطلت بينـة المدعى . لأن شهود الجرح وان اظهروا الفاحشة فانما اظهروها لإيجاب الحد واقامة الحسبـة ، فجازت شهادتهم . اه ببعض تلخيص وتمامه هناك .

ومن فروعها ان الكفار حال الحرب اذا تترسوا بأطفال المسلمين ، فلا بأس بالرمي عليهم لضرورة اقامة فرض الجهاد . لكنهم يقصدون الكفار دون الاطفال . وهل تجب الدية والكفارة ؟ — عندنا لا . وقال الحسن ابن زياد تجب الدية والكفارة .

وجه قوله ان دم المسلم معصومٌ فكان ينبغي ان يمنع من الرمي . الا انه لم يمنع لضرورة فرض الجهاد . فعلى قوله يتقدر بقدر الضرورة فى رفع المؤاخذة لا في نفي الضمان (بدائع) .

ومنها ما في مبسوط السرخسي من كتاب المأذون ، في « باب العبد بين رجلين يأذن له احدهما »: لو كان العبد بين رجلين ، فكاتب احدهما نصيبه، فللآخر ان يبطل الكتابة لدفع الضرر عن نفسه . فان لم يبطل الكتابة حتى رآه يشتري و يبيع فلم ينهه ، لم يكن ذلك اجازةً للكتابة حوله ان يبطلها ، وكان هذا السكوت اذناً منه له في التجارة لأن الاذن في التجارة يثبت بمجرد الرضا بتصرف العبد ، والسكوت عن النهي دليل عليه . واما في الكتابة ، فيحتاج الى التوكيل ، والتوكيل لا يثبت بالسكوت ، لانه محتمل للرضى وعدمه . لكنه في جانب الاذن بالتجارة يترجح جانب الرضا لضرورة الحاجة الى دفع الضرر والغرور عن الناس، وهذه الضرورة ترتفع اذا جعل السكوت اذناً ، وان لم يجعل اجازة للكتابة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتجاوز الى الى اجازة الكتابة اه.

ومنها ما ورد على فكر الفقير ثم رأيته في الأشباه : ان الغزاة في دار الحرب يباح لهم الانتفاع بالمأكول والمشروب والعلف والحطب من الغنائم قبل الاحراز بدار الاسلام ، فقيراً كان المنتفع او غنياً ، لكن بما فيه دفع الضرورة لا غير . حتى لو وطأ احد الغزاة جارية من المغنم في دار الحرب ، وان كان يسقط عنه الحد من جهة ان له فيها حقاً اورث شبهةً ، لكن لا يثبت النسب لو ادعى الولد .

والمسئلة مبسوطة في البدائع ·

هذا ، ومن اجل ان الضرورة تقدر بقدرها ، قال علماء الاصول من الحنفيه ان المقتضى (بالفتح) وهو الثابت بدلالة الاقتضاء ، لا عموم له · لأنه ثبت شرعاً لضرورة تصحيح الكلام المنطوق ، فيتقدر بقدرها ·

فلو قال: ان اكلت فعبدي حر ، ونوى طعاماً دون طعام ، لا يصدق عندنا لا ديانة ولا قضاء · ولو اكل اي طعام كان حنث — اما عدم تصديقه في نية طعام مخصوص ، فلأن الطعام هنا مقتضي (بالفتح) اقتضاه «اكلتُ» لأن الأكل يقتضى مأكولاً ما ، وليس عاماً حتى يصح فيه نية التخصيص ·

واما انه يحنث بأي طعام اكل ، فليس ذلك لعموم المقتضى (بالفتح) بل لوجود ماهية الأكل ·

ولو صرح بالمفعول به وقال : اكلت طعاماً ، يحنث بكل طعام ويصدق في نية التخصيص ، لأنه حينئذٍ ملفوظ لا مقتضى · وتمامه في كتب الاصول ·

﴿ تنبيه ﴾

اعلم ان الضرورات كما تكون في الافعال ، تكون في التروك ، وتقدمت في الافعال ، ومثالها في التروك : «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر» ومصداق ذلك ما رواه مسلم بسنده عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال صلى الله عليه وسلم (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك اضعف الإيمان)

فمن رأى المنكر ، وقد فقد في إزالته الاستطاعة بالفعل مع الامكان باللسان ، لا يجوز السكوت ، لان الضرورة تقدر بقدرها · فان لم يستطع ايضاً باللسان ، فبالقلب . والله الموفق ·

المادة ٢٢ — ما جاز لعذر بطل بزواله

اي لأن جوازه لما كان بسبب العذر ، فهو خلف عن الاصل المتعذر · فاذا زال العذر وامكن العمل بالاصل ، فلو جاز العمل بالخلف ايضاً ، للزم الجمع بين

الخلف والأصل فلا يجوز . كما لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز لهذه العلة .

فمعنى البطلان شاملٌ لسقوط اعتباره من حيث انه يصير في حكم العدم كالمتيمم اذا وجد الماء ، ينتقض وضوءُه بالحدث السابق . حتى لو وجده وهو في اثناء الصلوة بطلت ، ويفترض عليه الوضوء .

ولوجوب الانسلاخ عنه كلابس الحرير لمن في جسده حكة ثم زالت عنه .

ولهذه القاعدة فروع في العبادات والمعاملات : — منها المصلي اذا كان على ثوبه نجاسة اكثر من قدر الدرهم ، ولم يجد ماءً ليغسله ، فلو صلى فيه صلوات عديدة ثم بعد الفراغ منها وجد الماء ، لا يعيدها للحرج . لكن اذا وجده في اثناء آخر صلوة يصليها ، تبطل .

ومنها المومي في الصلاة اذا قدر على القيام ، والامي اذا تعلم القرآءة ، والعاري اذا وجد ثوبًا يستر عورته ، لأن الطهارة والستر والقيام والقراءة فرضٌ على القادر عليها ، والسقوط عن هؤلاء للعجز ، وقد زال .

ومنها الشيخ الفاني اذا فدى عن صومه ، والمريض العاجز عنه ، فهما على هذا الحكم (بدائع وغيره)

ومنها المعتدة عن وفاة زوجها ، يجب عليها المكث في بيتها المعتدة فيه الى اكمال عدتها . لكن حيث لا نفقة لها ، اذا اضطرت للخروج لضرورة الكسب ، فمتى حصل لها مالٌ فاستغنت عن الخروج ، فقد زال العذر فليس لها الخروج (بدائع ودر المختار)

ومنها الوكيل اذا عزله الموكل ولم يبلغه العزل ، ثم عمل بالوكالة ، جاز على موكله . فاذا زال جهله وعلم بالعزل ، فلا يجوز له التصرف .

ومنها ما في البدائع وغيره : من كان له عبدٌ جنى على احد ، فلمولاه الخيار : اما ان يدفع العبد للمجني عليه ، او يفديه بالأرش . فلو ضرب المولى عينه فابيضت ، وهو عالم بالجناية حتى جعل مختاراً للفداء ، ثم ذهب البياض ، فان ذهب قبل ان يخاصم فيه ، بطل الاختيار ويؤمر بالدفع او الفداء لأنه انما جعل مختاراً لاجل النقصان وهو تعييب العبد ، وقد زال ، فجعل كأن لم يكن . وان خوصم في حال البياض ، فضمّنه القاضي قيمته ، ثم زال البياض ، تأكد الضمان بالقضاء ، فلا يبطل الاختيار .

ومنها لو حدث بالمأجور عيب يخل بالمنفعة حتى صار للمستأجر خيار الفسخ لعذر العيب ، فقبل الفسخ لو ازاله المؤجر ، بطل خيار المستأجر .

ويتخرج على هذه القاعدة كثير من احكام العوارض على اهلية الانسان ، سواء كانت سماوية او مكتسبة ، كعذر السفر المؤدي الى مثل اباحة الفطر ، وقصر الصلاة ، وترك الجمعة ، فاذا زال العذر ، يرتفع ذلك وكأعذار الصغر والجنون والعته والسفه والمماطلة الموجبة للحجر على الصغير والمجنون والسفيه والمديون المماطل ، يرتفع الحجر بزوالها

المادة ٢٤ - اذا زال المانع عاد الممنوع

يعني كل حكم اذا كان جوازه او عدم ثبوته لمانع ، فاذا زال المانع ، عاد الممنوع وهو عدم الثبوت والجواز

مثلاً : الصبي المميز اذا تحمل شهادة ، والاعمى اذا تحملها بصيراً ثم عمي ، والعبد اذا تحملها حال الرق ، فالصغر والعمى والرق مانع من قبولها . فاذا بلغ الصبي ، وعاد الاعمى بصيراً ، وعتق العبد ، جازت شهادتهم لزوال المانع .

والمشتري اذا تبين له في مشريه عيب قديم كان عند البائع ، فله الخيار بين قبوله بالثمن المسمى ، او الرد على بائعه . لكن اذا حدث عند المشتري عيب يمنع الرد ، فلا خيار له بمقتضى المادة (٣٤٥) بل يرجع على البائع بنقصان الثمن لكن بمقتضى المادة (٣٤٧) اذا زال العيب الحادث ، يعود الممنوع ، وهو حق الرد

ولها فروع كثيرة : منها ان الواهب بمقتضى المادة (٨٦٢) و (٨٦٤) يسوغ له الرجوع في هبته قبل القبض مطلقاً ، او بعده برضى الموهوب له او حكم الحاكم — لكن اذا حدث في الموهوب زيادة متصلة امتنع الرجوع . فاذا زالت الزيادة ، كما لو كان الموهوب ارضاً فأحدث فيها الموهوب له بناء او غرس شجراً ، فزال البناء والشجر حتى صارت ارضاً ، يعود الممنوع — وهو حق الرجوع — لزوال المانع — وهو الزيادة .

ومنها كما جاء في المادة (١٦١٥) لو سبق من المدعي كلام مناقض لدعواه ،

لا تسمع دعواه بمقتضى المادة (١٦٤٧) لوجود المانع ، فاذا زال التناقض بتصديق الخصم او تكذيب الحاكم كما في المادتين (١٦٥٣) و(١٦٥٤) يعود الممنوع ، وهو سماع الدعوى – اما بتصديق الخصم فظاهر. واما بتكذيب الحاكم . فكما لو ادعى مستحق عيناً في يد شخص ،فانكر المدعى عليه وقال هو لفلان اشتريته منه ،فأثبته المدعي، يصح رجوعه على بائعه بعد الحكم وان كان اقر له بالملكية ، لارتفاعه بتكذيب الحاكم

ومنها ان الأمة المعتدة من زوج ، لها الخروج من بيت عدتها لخدمة مولاها. فلو اعتقها يلزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم الحرة من المكث في بيت عدتها ، لأن المانع قد زال ، فعاد الممنوع .

كذلك الكتابية المطلقة من مسلم لها ان تخرج ، لان السكنى حق الله تعالى من وجه ، فتكون عبادةً من هذا الوجه ، وهي غير مخاطبة بذلك . لكن اذا اسلمت وهي في العدة ، لزمها فيما بقي من العدة ما يلزم المسلمة . لأن المانع من اللزوم هو اختلاف الدين ، وقد زال بالاسلام ، فعاد الممنوع، وهو اللزوم.

ومنها ما لو ادعى وَلَدَ مكاتبةِ ابنه ، لم يثبت نسبه منه . لان النسب لا يثبت بدون الملك، والمكاتبة لا تحتمل التملك، فلا تصح دعوته (١) . لكن اذا

(١) اعلم ان ما يعترف به الانسان من بنوة اللقيط الصغير او المولود من امته مثلاً بأنه ولده يقال له دعوة لا دعوى لأن بينهما فرقاً . وذلك ان الدعوى بألف التأنيث هي في اصطلاح الشرع طلب حق له قِبَلَ آخر امام القاضي . والدعوة بالتاء المربوطة هي عبارة عن اعتراف الانسان بأن الصغير الذي ليس له اب معروف كاللقيط والمولود من امة لا زوج لها بأنه ابنه . فهذا فيه نفع للصغير فيقال صحت دعوته . وان كان ثابت النسب من الغير يقال بطلت دعوته . لأنه لا دعوى هنا اصلاً بالمعنى الشرعي بل اعتراف بلصوق الولد به وعن هذا يقال لسائل حاجةً من الله تعالى دعاه دعوةً وفي الآية (ثم اذا دعاكم دعوةً من الارض = الآية) وفي الحديث «اتقوا دعوة المظلوم» معنى الآية ان الله تعالى يطلب العباد اليه من قبورهم للحساب . ومعنى الحديث ان المظلوم يطلب من الله تعالى ان يكون عوناً له على ظالمه . فالمعنى اللغوي كما ذكرناه . والمعنى الاصطلاحي للدعوى هو طلب حق له قِبَل آخر امام القاضي .

عجزت ، تنفذ دعوته لانها بالعجز عادت قناً ، فتصح . فقد عاد الممنوع — وهو الصحة — بزوال المانع — وهو الكتابة .

ومنها ان الام او غيرها من اهل الحضانة ، اذا سقط حقها من حضانة الولد لمانع، كأن تزوجت من اجنبي مثلاً ثم طلقها الزوج او مات عنها ، عاد حقها لزوال المانع

ومنها مريضٌ مسلم اقر لابنه النصراني بدين ، ثم اسلم الابن ، لم يجز اقراره عند ائمتنا الثلاثة — وجهه ان اختلاف الدين كان مانعاً من بطلان الاقرار ، لكونه غير وارث ، فلما اسلم صار وارثاً ، واقرار المريض للوارث لا يصح . فلما زال اختلاف الدين ، عاد الممنوع ، وهو البطلان .

ومنها لو اوصى لعبد وارثه ، لا تصح الوصية ، سواء كان على العبد دين او لا . فاذا عتق قبل موته صحت ، لان الرقبة كانت مانعةً منا الصحة ، وقد زالت فعادالممنوع . وهو الصحة .

ومنها لو آجر مشاعاً يحتمل القسمة لا يجوز ، لكن اذا قسم وسلم جاز ، لزوال المانع، فيعود الممنوع .

المادة ٢٥ – الضرر لا يزال بمثله

هذه القاعدة مقيدة للقاعدة العشرين يعني ان الضرر مهما كان واجب الازالة، فازالته اما بلا ضرر اصلاً ، او بضرر اخف منه ، كما سيأتي في المادة (٢٧) واما ازالته بضرر مثله او اشد ،فلا يجوز — وهذا غير جائز عقلاً ايضاً ،لان السعي في ازالته بمثله عبث .

ومن فروع هذه القاعدة ما لو اكره على قتل المسلم بالقتل مثلا ، لا يجوز لأن هذا ازالة الضرر بضرر مثله . بخلاف اكل ماله ، فانه ازالة الضرر بما هو اخف .

ومنها ما في تنوير الابصار وشرحه الدر المختار والبدائع : عبد قدم مصرا ، وقال انا عبد فلان مأذون في التجارة ، فصدقوه وبايعوه حتى صار مديوناً ، يباع كسبه لا رقبته ، لان الرقبة لمولاه . فلو بيعت لتضرر بغير حق ، فيكون ازالة

الضرر عن الغرماء بمثله ، وهو ضرر المولى — الا اذا كان اذن المولى شائعاً ، وثبت باقراره او ببينة يقيمها الغرماء ، فتباع رقبته حينئذٍ . لأن المولى هو الذي التزم ذلك بالاذن من قبله .

ومنها ما في المادة (٣٤٥) : اذا حدث في المبيع عيبٌ عند المشتري ، ثم ظهر فيه عيبٌ قديم كان عند البائع ، فليس للمشترى ان يرده على بائعه بالعيب القديم لان الضرر لا يزال بمثله . بل له الرجوع بنقصان العيب فقط ، فيدفع بقدر الامكان ، وهذا اخف الضررين .

ومنها ما في تنوير الابصار وشرحه : البناء على ساحة مغصوبة . وقيمته البناء اكثر . يملكها الباني .

ومنها ابتلعت دجاجة لؤلؤة ، او ادخل البقر رأسه في قدر ، او اودع فصيلا فكبر في بيت المودَع ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار ، يضمن صاحب الأكثر قيمة الاقل (در المختار) قال : « والاصل ان الضرر الأشد يزال بالأخف » راجع المادة (٩٠٦)

ومنها ما في الماده (١٣١٢ اذا طلب شخصٌ تعمير الملك المشترك القابل للقسمة ، وكان شريكه ممتنعاً ، وعمره بدون اذن يكون متبرعاً ، يعني لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته . وان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه ، فبمقتضى المادة (٢٥) لا يجبر على التعمير . لكن يجبر على القسمة ، وذلك الشخص — بعد القسمة — يفعل بحصته ما يشاء . فقدم الجبر مبني على هذه القاعدة . و بمقتضى المادة (١٣١٣) اذا لم يكن قابلاً للقسمة كالطاحون والحمام ، واحتاج الى العمارة ، وطلب احد الشريكين تعميره ، وامتنع الأخر يصرف عليه قدراً معروفاً باذن الحاكم ، و يعمره ويكون مقدار ما اصاب حصة شريكه من المصاريف التعميرية ديناً له عليه ، وله ان يستوفي دينه هذا من اجرته بايجار ذلك الملك المشترك — وان عمر من غير اذن الحاكم ، فلا ينظر الى مقدار ما صرفه ، ولكن له ان يستوفى المقدار الذي اصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح .

والحاصل ان الضرر ما ازيل بمثله بل بقدر الامكان ازيل باخف منه —

ج ١

ولإتمام الفائدة ننقل هنا ما ذكره صاحب البحر من كتاب القضاء في مسائل متفرقة : فيما لو كان علو لرجل ، وسفله لآخر ، كيف يكون تصرف كل منهما في ملكه ؟ — قال « واتفقوا على منع هدم صاحب السفل الجدار الحامل للعلو كما قدمناه ، فان هدمه أجبر على بنائه ، لأنه تعدى على صاحب العلو بهدم ما هو قرار العلو . كالراهن اذا اتلف المرهون ، والمولى اذا قتل عبده المديون — فرقٌ بين حق التعلي وحق التسييل ، حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ، ولو هدم في الثاني لا يجبر »

وفي الذخيرة : « السفل اذا كان لرجل وعلوه لآخر ، فسقف السفل وجذوعه وهراديه و بواريه وطينه لصاحب السفل ، غير ان صاحب العلو مسكنه في ذلك اه »

وذكر الطرسومي ان الهرادي ما يوضع فوق السقف اما من قصب او من عريش . وذكر ابن وهبان انه المكعب .

وفي جامع الفصولين : « لكل من صاحب السفل والعلو حقٌ في ملك الآخر ، لذى العلو حق قراره ، ولذى السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل فالملك مطلق والحق مانع ، وقد اجتمعا فجمعنا بينهما » وتمامه هناك .

ثم قال بعد اسطر : « لو هدم ذو السفل سفله ، وذو العلو علوه ، اخذ ذو السفل ببناء سفله ، اذ فوت عليه حقاً أُلحِقَ بالملك فيضمن ، كما لو فوت عليه ملكاً اه » . وظاهره انه لا جبر على ذى العلو ، وظاهر ما في فتح القدير خلافه ، والظاهرُ الثاني . ويحمل الاول على ما اذا بنى صاحب السفل سفله ، وطلب من ذي العلو بناء علوه ، فانه يجبر . ولو انهدم السفل بغير صنع صاحبه ، لا يجبر على البناء لعدم التعدي . ولصاحب العلو ان يبني ان شاء و يبني عليه علوه ، ثم يرجع ويمنعه عن السكنى حتى يدفع اليه ، لكونه مضطراً ، كمستعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن الراهن ، لا يكون متبرعاً . ولو انهدم العلو والسفل ، فكذلك .

ثم الرجوع هل بقيمة البناء او بما أنفق ؟ — قيل : ان كان صاحب العلو مضطراً ، يرجع على صاحب السفل بقيمة السفل مبنياً ، لا بما أنفق . وقيل : ان بنى بأمر

القاضي يرجع بما انفق ، وإلا رجع بقيمة البناء ، وبه يفتى (كذلك في قسمة الولوالجيه)

واذن الشريك كأذن القاضي، فيرجع بما انفق ، كما حرره العلامة ابن الشحنه في شرح المنظومة . واذا قلنا يرجع بقيمة البناء عند عدم الإذن، فهل المعتبر قيمته يوم البناء ، او وقت الرجوع ؟ — قولان : والصحيح وقت البناء ،وهو مبني على ان المبنى يبنى على ملك الشريك ، او على ملك الباني ، ثم ينتقل منه .

وفي جامع الفصولين : « جدارٌ بينهما ، ولكل منهما حمولة ، فوهي الحائط ، فاراد احدهما رفعه ليصلحه ،وابى الآخر ، ينبغي ان يقول مريد الاصلاح للآخر : ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ، و يعلمه انه يريد رفعه في وقت كذا ، واشهد على ذلك . فلو فعله ، والا فله رفع الجدار . فلو سقط حمولته لم يضمن اه »

المادة ٢٦ — يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

هذه المادة مقيدة لما قبلها ، اي لا يزال الضرر بالضرر الا اذا كان احدهما عاماً والآخر خاصاً ، فيتحمل حينئذٍ الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع ، مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد استخرجها المجتهدون من الاجماع ومعقول النصوص . فقد ذكر حجة الاسلام الامام الغزالي في المستصفى ما ملخصه ان الشرع انما جاء ليحفظ على الناس دينهم وانفسهم وعقولهم وانسابهم واموالهم . فكل ما يكون بعكس هذا فهو مضرة يجب ازالتها ما امكن ، والا فتأييداً لمقاصد الشرع يدفع في هذا السبيل الضرر الأعم بالضرر الأخص .

ولهذه الحكمة يحكم على من سرق مقدار عشرة دراهم فضة بالقطع ، دون من اختلس او نهب اضعاف ذلك لان المختلس — وهو من يأخذ المال مسارقة — والناهب — وهو من يأخذه جهراً — يمكن الاحتراز منهما ، والسارق لا يمكن الاحتراز منه ، فانه ينقب الدور ويكسر القفل ويهتك الحرز ، ولا يمكن صاحب المتاع

الاحتراز لحفظ ماله باكثر من ذلك فكان ضرر السارق عمومياً . فلولم يشرع قطعه ، لسرق الناس بعضهم بعضاً . فجعل حده القطع لينزجر غيره . فيتحمل الضرر الأخص لدفع الضرر الأعم .

ومن هذا القبيل قتل الساحر المضر والكافر المضل ، لان هذا يفتن الناس ، وهذا يدعوهم الى الكفر ويهدم دينهم ، فيتحمل الضرر الأخص لدفع الأعم (مستصفى)

كذلك الفعل المنكر يجب انكاره وازالته . لكن اذا كان يترتب على ازالته وقوع منكر اعظم ، او يعم ضرره ، يترك الانكار .

فهذه القاعدة تجري في كل مسئلة تدور بين ضرر بن خاص وعام ، وكثير من الاوامر والنواهي الشرعية والحدود والعقوبات مشروع لهذا المعنى .

ومن فروعها ايضا جواز الرمي الى كفار تترسوا بصبيان المسلمين لدفع ضرر زحفهم على العموم .

ومنها وجوب نقض حائط مملوك مائل الى طريق العامة ، على مالكه ، دفعاً للضرر العام .

ومنها التسعير بسعر معتدل بمعرفة اهل الخبرة ، عند تعدي ارباب الطعام في بيعه بغبن فاحش ، دفعاً للضرر العام .

ومنها جواز الحجر على العاقل البالغ الحر عند الامام الاعظم في ثلاثة : المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ، دفعاً للضرر العام في الدين والنفوس والاموال .

ومنها بيع طعام عند الحاجة جبراً اذا امتنع .

ومنها هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسرايته كما في المادة (٩١٩)

ومنها الشركاء في الشرب من نهر مست الحاجة الى تعزيله ، وابى احد الشركاء ، فينظر : ان كان النهر عاماً ، يجبر الآبي على الكرى مع بقية الشركاء . وان خاصاً ، لا يجبر . فالطالبون يكرون ذلك باذن الحاكم ، ويمنعون الآبي بالانتفاع بالنهر ، حتى يؤدي مقدار ما اصاب حصته من المصرف ، راجع المادتين ١٣٢٣ و١٣٢٤

ومنها بيع مال المديون المحبوس عندهما لقضاء دينه ، دفعاً للضرر عن الغرماء .
ومنها منع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين .

المادة ٢٧ - الضرر الاشد يزال بالاخف

هذه القاعدة قيد للمادة (٢٠) يعني ان الضرر انما يزال اذا لم يتأت من ازالته ضررٌ مثله او اشد . والاَّ فاذا دار الامر بين ضررين، فيتحمل الأخف لإزالة الأشد. فهذه القاعده والتي قبلها اخوان : فان الضرر اذا كان عاماً ، اشدُّ منه خاصاً . وهي من قبيل القاعدة الآتية : اذا تعارض مفسدتان رُوعيَ اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما .

والاصل في ذلك ان من ابتلى ببليتين وهما متساويتان ، يأخذ بايهما شاء . وان اختلفا ، اختار اهونهما . لان مباشرة الحرام لا تجوز الا للضرورة ، ولا ضرورة في حق الزيادة .

فلو كان رجل له جرحٌ ، لو سجد سال جرحه ، يومي ويصلي قاعداً ، لأن ترك السجود اهون من الصلاة مع الحدث (شرح مجامع)

ومن فروعها ما في الاشباه : (شيخٌ لا يقدر على القراءة قائماً ويقدر عليها قاعداً ، يصلي قاعداً ، لانه يجوز حالة الاختيار في النفل ، ولا يجوز ترك القراءة بحال .
ولو ان امرأة لو صلت قائمة ينكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة ، ولو صلت قاعدة لا ينكشف منها شيء فانها تصلي قاعدة ، لأن ترك القيام اهون وتمامه هناك .

ومن فروعها المسئلتان المذكورتان في المادتين ١١٤٠ و٩٠٦
قال في الاشباه : « ومن ذلك الاجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبات وحبس الاب لو امتنع عن الانفاق على ولده ، بخلاف الدين . »
كذلك لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة آخر وكانت قيمة اللؤلؤة اكثر ،

يضمن صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة لصاحبها ، ويتملكها .

ولو امتنع الرد بالعيب لمانع ، كما لو حدث في المبيع عيب عند المشترى ، او احدث فيه زيادة متصلة كثوب صبغه ، يرجع المشتري بنقصان العيب ، إذ لو اعتبر المانع وألزم به المشتري بدون رجوع بنقصان العيب ، فهو ضرر عليه ، ولو أجبر البائع على الرد وقبوله بالعيب الحادث ، او تضمينه قيمة الزيادة المتصلة ، فهو ايضاً ضرر عليه ، فيختار اخف الضررين في حق الجانبين ، وهو الرجوع بالنقصان . راجع المواد ٣٤٥ و٣٤٩ و٣٥٠

وفي البدائع : « لو غصب ارضاً فبنى عليها او غرس فيها ، لا ينقطع حق المالك ، ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردها فارغة . فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك ، فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً . ويكون له البناء والغرس ، لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع ، والمالك ايضاً يتضرر بنقصان ملكه ، فلزم رعاية الجانبين بهذه الصورة ، وفي ذلك اخف الضررين .

المادة ٢٨ – اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمها ضرراً بارتكاب اخفهما .

هذه القاعدة وما قبلها و بعدها متحدات والمسمى واحد ، وإن اختلف التعبير . وما يتفرع على أختيها يتفرع عليها . ومن ذلك ما في المواد ٩٠٢ و٩٠٦ و٩١٩ انظر اليها .

ومن فروعها جواز شق بطن الميت لاخراج الولد اذا كانت ترجى حياته (اشباه)

كذلك لا يجوز للانسان ان ياتي بنفسه الى التهلكة . لكن اذا وقع بين امرين احدهما اهون من الآخر . كما لو هدد بالقتل على ان يرمي بنفسه من مكان مرتفع عن الارض مقدار اربعة اذرع مثلاً ، يجب عليه رمي نفسه ، لاحتمال النجاة — فيختار اهون الشرين .

ولو هدد إما بالقتل ، وإما بأن يرمي بنفسه من مكان عالٍ كالمنارة فعلى قول الامام الاعظم له الخيار ، لكون المفسدتين متساويتين .

المادة ٢٩ — يختار اهون الشرين

مثالها ما في المادة (٩٠٢) لو خرج ملك احد من يده بلا قصد ، كما لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته ، يتبع الأقل في القيمة الأكثر ، يعني يضمن صاحب الارض التي قيمتها أكثر لصاحب الأقل ، ويتملك تلك الارض — مثلا لو كان قبل الانهدام قيمة الروضة الفوقانية خمسمائة والتحتانية الفاً ، يضمن صاحب الثانية لصاحب الأولى قيمتها ويتملكها .

وفي الحقيقة هذه المواد الثلاث اعني ٢٧ و٢٨ و٢٩ متحدات كما تقدم ، وجميع فروعها متساويات .

المادة ٣٠ — درء المفاسد اولى من جلب المنافع

اي رفعها وازالتها . فاذا تعارضت مفسدة ومصلحة ، فدفع المفسدة مقدم في الغالب ، لان اعتناء الشرع بالمنهيات اشد من اعتنائه بالمأمورات ، لما يترتب عليها من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي . ولذا قال صلى الله عليه وسلم : « اذا امرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم واذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه . » وفي الكشف حديث : « ترك ذرة مما نهى الله عنه خير من عبادة الثقلين » اه (مجامع .)

من فروعها ما في المادة (١١٩٢) : كلٌ يتصرف في ملكه كيف يشاء لكن اذا تعلق حق الغير به ، يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال . مثلاً : سفلٌ ملك واحد ، وفوقانيه لآخر . فلصاحب الفوقاني حق القرار . ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني ، يعني بتستره من الشمس وبتحفظه من المطر . فليس

لأحدهما ان يفعل شيئاً مضراً الا باذن الآخر ولا ان يهدم بناء نفسه اهـ — لأن الملك وان كان من شأنه ان يتصرف فيه مالكه كيف شاء ، لكن اذا كان للغير حق يتعلق به ، يمنع من التصرف بوجه يضر به .

واعلم ان هذا الحكم يجري فيما لو لم يكن الضرر متكوناً بعد تصرف مشروع — والا فلا يمنع ، بل على المتضرر ان يزيل الضرر عن نفسه ، كما في المادتين ١٢٠٧ و١٢٠٨

ومثله لو احدث شخص داراً في جوار حدادٍ دكانه قبل الدار ، وكان صاحب الدار يتضرر من طرق الحديد ، فلا يمنع .

ومن فروعها ما في الاشباه : اذا وجب عليها الغسل ، ولم تجد سترة من الرجال ، تؤخره .

ومنها المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة ، وتكره للصائم . وتخليل الشعر سنة في الطهارة ، ويكره للمحرم .

وانما قلنا دفع المفسدة مقدم في الغالب ، لانه قد تراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة . فمن ذلك الصلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة والستر والاستقبال ، فان كل ذلك مفسدةٌ لما فيه من الاخلال بتعظيم المعبود في انه لا يناجى الا على اكمل الاحوال ، ومع هذا فلو تعذر عليه شيء من ذلك ، لا تسقط عنه الصلاة ، بل يؤديها مع هذه المفاسد ، لترجح مصلحة الصلوة .

كذلك الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه ، جاز الكذب للاصلاح بين الناس ، وعلى الزوجة لاصلاحها . لكن هذا النوع ، كما في الاشباه ، راجعٌ في الحقيقة الى ارتكاب اخف المفسدتين ، وداخل في القاعدة ٣٨

المادة ٣١ — الضرر يدفع بقدر الامكان

يعني ان الضرر يدفع شرعاً . فان امكن دفعه بدون ضررٍ اصلا ، والا فيتوسل لدفعه بالقدر الممكن .

فعلى هذا لو امتنع الاب من الانفاق على ولده ، يحبس لدفع ضرر الهلاك عن الولد ، مع انه لا يحبس لاجل دينه .

وقالوا : من شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه اذا مست الضرورة ، لقوله صلى عليه وسلم : «من شهر على المسلمين سيفاً فقد احل دمه» ولأنه باغ ، فلضرورة دفع الضرر ، سقطت عصمته (مجمع الحقائق)

ومن فروعها ان للمضطر ان يأكل مال الغير ، لكن عليه الضمان ، لأن دفع الضرر بقدر الامكان .

ومنها لو ظهر في المبيع عيبٌ قديم ، وقد طرأ عليه عيبٌ آخر عند المشتري ، امتنع رده ، لكن لدفع الضرر بقدر الامكان . يرجع بنقصان العيب كما في المادة (٣٤٥)

ومنها ما يأتي في المادتين ١٢٠٢ و١٢١٢ راجعها .

ومنها ما في البدائع وغيره من كتاب الاستحسان : ان المحتكر للطعام عند شدة الحاجة ، يؤمر بالبيع ازالةً للظلم ، لكن انما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله ، فان لم يفعل واصرّ على الاحتكار ، ورفع الى الإمام مرة اخرى وهو مصرٌ عليه ، فان الإمام يعظه و يهدده ، فان لم يفعل ، ورفع اليه مرة ثالثة ، يحبسه ويعزره ، زجراً له عن سوء صنعه ، ولا يجبر على البيع . وقال محمد يجبر عليه .

وفيه : «اذا خاف الإمام الهلاك على اهل المصر ، اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم . فإذا وجدوا ، ردوا عليهم مثله لانهم اضطروا اليه ، ومن اضطر الى مال الغير في مخمصة ، كان له ان يتناوله بالضمان .

ومنها ما نصوا عليه : لو ملك اثنان عبداً ذا رحم محرم من احدهما ، بسببٍ لا صنع لهما فيه ، بأن ورثاه وهو قريب احدهما حتى عتق عليه ، لا يضمن نصيب شريكه ، موسراً كان او معسراً ، لعدم صنع منه يوجب الضمان . لكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه ، ازالةً لضرر الشريك بقدر الامكان .

ومنها ما في البدائع : «امةٌ اعتقها سيدها على ان تتزوجه فقبلت ، ثم ابت ، فانها تسعى في قيمتها . ولا تجبر على التزوج . دفعاً لضرر المولى بقدر الامكان

ومنها ما في كتاب الإجارات : ان الاجير الذي لعمله أثر في العين، كالصبغ مثلاً ، اذا حبسها لقبض الأجرة فهلكت ، يلزمه الضمان ، لكن له الأجر، لان الضرر يدفع بقدر الامكان .

ومنها ما في البدائع وغيره ان العين الموصى بها لشخص ، اذا كانت تخرج من الثلث ، كجارية مثلاً ، اذا قبل الموصى له بعد موت الموصي ، فهي ملكه بعينها استقلالاً ، لكن اذا حدث منها زيادة منفصلة كالولد ، وكان قبوله لها قبل اقتسام الولد مع الورثة ، فان كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث أعطيا للموصى له، وان كان لا يخرجان من الثلث، فعند الإمام الاعظم يعطى الموصى له الجارية اولاً من الثلث ، فان فضل من الثلث شيء ، يعطى من الزيادة بقدر ما فضل ، اي لا يكون للورثة اشتراك معه في الجارية ، دفعاً لضرر الشركة بقدر الامكان . وعندهما يعطى الثلث منهما جميعاً . اكثر ما في الباب ان فيه تغيير حكم العقد في الأصل بسبب الزيادة ، لكن هذا جائز كما في الزيادة المتصلة .

ولأبي حنيفة : ان القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة اضرار بالموصى له من غير ضرورة ، وهذا لا يجوز — بيانه ان حكم الوصية في الأصل ، قبل حدوث الزياده ، كان سلامة كل الجارية للموصى له ، وبعد الانقسام لا تسلَم الجارية له ، بل تصير مشتركة ، والشركة في الأعيان عيب ، خصوصاً في الجواري ، فيتضرر به الموصى له ، ولا ضرورة الى الحاق هذا الضرر، لإمكان تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة . بخلاف الزيادة المتصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة لعدم امكان التمييز ، فمست الضرورة الى التنفيذ فيهما من الثلث .

ومنها ما في المادة ٨٩٠ ان الغاصب يلزم عليه رد المغصوب الى صاحبه في مكان الغصب . لكن كما في المادة ٨٩١ اذا هلك المغصوب في يده او استهلكه، يلزم عليه ضمان مثله ان مثلياً ، وقيمته يوم الغصب ان قيمياً . لانه حيث لم يمكن رد عينه ، ففي الضمان بهذا الوجه دفع للضرر بقدر الامكان .

❋ فائدة ❋

هذه القاعدة مهمة من مواضيع الشرع ، ترجع الى الدرجة المحمودة ،

وهي التوسط بين درجتي الافراط والتفريط . يتشرب منها كثير من الاحكام الاصولية والاعتقادية . فمن الاصولية ما ذهب اليه ائمتنا الثلاثة من ان النهي عن المشروعات يقتضي القبح لغيره ، والصحة والمشروعية بأصله ، الا بدليل يدل على ان النهي للقبح لعينه . وعند الشافعي يقتضي القبح لعينه ، الا بدليل يدل على ان النهي للقبح لغيره . فاذا لم يقم دليل على ان القبح لعينه او لغيره ، يبطل عنده ، ويصح بأصله لا بوصفه عند الحنفية . واذا قام دليل يدل على ان القبح لغيره فذلك الغير ان كان وصفاً له ، يبطل عنده ، ويفسد عندنا ، اي يصح بأصله لا بوصفه ، اذ الصحة تتبع الأركان والشرائط ، فيحسن لعينه ويقبح لغيره ، ترجيحاً للأصل على العارض . وعنده الباطل والفاسد سواء (توضيح وتلويح) — يتفرع على هذا لو نذر صوم يوم النحر او ايام التشريق مثلا ، صح نذره عند ائمتنا الثلاثة ، لكنه يفطر ويقضي وعند زفر والشافعي لا يصح نذره ، لكونه نذراً بما هو معصية ، والنذر بالمعاصي لا يصح ، كما هو مبسوط في الفروع .

وجه قول ائمتنا ان الصوم مشروع بأصله ، حسن شرعاً وعقلا ، لكونه سبب التقوى وقهر النفس الأمارة بالسوء ، والنهي لا يرد على ما عرف حسنه شرعا وعقلاً لما فيه من التناقض ، فيحمل النهي على غير مجاور له ، صيانةً لحجج الشرع عن التناقض ، وعملاً بالدلائل بقدر الامكان ، وذلك كما قالوا بلزوم الافطار والقضاء . وهي الدرجة الوسطى بين ابطال النذر اصلاً مع انه نذر بعبادة وبين ايفائه بذلك اليوم وهو معصية ، وكثير من مسائل الاصول على هذا المنهاج .

واما الاعتقادية فما ذكره اهل السنة من ان افعال العباد كلها مخلوقة لله تعالى ، ليس لاختيار العبد فيها تأثير ، فالخالق هو الله تعالى ، والعبد مثاب او معاقب باعتبار انه محل للاختيار الذي هو خلق الله تعالى ايضاً ، وهو المسمى كسبا .

فالقول بالجبر يلزم منه تعطيل الشرائع ، والقول بأن العبد يخلق افعال نفسه يلزم منه ان يكون لله عز وجل شريك في افعاله — تعالى عن ذلك . فالدرجة المتوسطة بين الافراط والتفريط هو ما قاله اهل السنة عملاً بالجمع بين التشريع والمؤاخذة

المادة ٣٢ — الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة . ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء ، حيث انه لما كثرت الديون على اهل بخاري ، مست الحاجة الى ذلك فصار مرعياً .

اشارت المادة بقولها : الحاجة تنزل منزلة الضرورة الخ . . الى ان الضرورة وان كانت اشد ، الا ان الحاجة عامة كانت او خاصة تنزل ايضاً منزلتها في تجويز الممنوع شرعا . ولنفرّق بين الحاجة والضرورة بمثال : فالولي مثلا المسلط على تربية الصغير ، فأرضاعه وشراء الملبوس والمطعوم لأجله ضروري ، يجب على الولي ذلك ولو ادى الى بيع عقاره ، بخلاف مثل تزويجه الصغيرة فانه ليس من الضروريات ، ولهذا لا يزوجها غير الاب او الجد عند عدمه الا من الكفوء وبمهر المثل ، لحاجة اصلاح المعيشة باشتباك العشائر والتظاهر بالأصهار (مستصفى)

وايضاً ما جاز للضرورة يقدر بقدرها كما مرّ في القاعدة (٢٢) وليس كذلك فيما جاز للحاجة ، فافهم الفرق — كذلك ما جاز للضرورة ، منه ما يتغير بسببها الحكم من الحرمة الى الإباحة ، كأكل الميتة . ومنه ما لا تسقط حرمته بحال ، ولكن يرخص عند الضرورة ، كاجراء كلمة الكفر بالأكراه الملجيء مع اطمئنان القلب . بخلاف الحاجة . (راجع القاعدة ٢١)

واعلم ان اكثر ما ورد على خلاف القياس من الاحكام الشرعية مبنيء على الحاجة ، كالبيع بالوفاء ، القياس يقتضى عدم جوازه ، لوجود شرط فيه نفع ، لأحد العاقدين لكن جوازه للحاجة بسبب كثرة الديون على اهل بخاري ، وهكذا بمصر ، وقد سموه بيع الأمانة ، والشافعية يسمونه الرهن المُعاد (اشباه)

وكذا دخول الحمام ، لما كان زمانُ المكث فيه ومقدار ما يصبّ من

الماء غير معلوم ، فالقياس يقتضي عدم الجواز ، وقد جوّز لحاجة الناس .
كذلك بيع المعدوم باطل كما في مادة (٢٠٥) لكن جوز في الإجارة والسلم بالنص ، وفي الاستصناع بالاجماع ، لحاجة الناس — ولعدم الحاجة لا تجوز إجارة بيت بمنافع بيت آخر ، لاتحاد جنس المنفعة ، بخلاف ما اذا اختلف .

حد الاجماع ، كما في مجمع الحقايق : اتفاق مجتهدي امة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر على حكم شرعي . وحد الاستصناع ، كما في المادة ١٢٤ : عقد مقاولة مع اهل الصنعة على ان يعمل شيئاً .

وحيث ظهر لك الفرق بين الحاجة والضرورة ، فالاستئجار في زماننا لتعليم القرآن والفقه ، وللإمامة والأذان يعلل بالضرورة لا بالحاجة كما توهم الشارح الفاضل سليم باز وعزاه الى الدر المختار ، مع انه ليس فيه ولا في متنه تنوير الابصار سوى التعرض لذكر جواز الاستئجار استحسانا ، لظهور التواني في الامور الدينية ، بناء على ما افتى به المتأخرون — قال في حاشية رد المحتار : « وقد اتفقت كلمتهم قاطبة على التعليل بالضرورة ، وهي خشية ضياع القرآن وتلك الاحكام الدينية ، اذ مبنى الضرورة على فعل ما لا بد منه للتخلص من عهدة تلزم العبد ، ولا يسعه الترك . والحاجة مبنية على التوسيع والتسهيل فيما يسع العبد تركه ، كالإجارة والسلم والاستصناع . »

المادة ٣٣ = الاضطرار لا يبطل حق الغير ، يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فاكل طعام آخر ، يضمن قيمته .

الاضطرار وان كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة الى الإباحة كأكل الميتة ، وفي بعضها الترخيص في فعله مع بقائه على الحرمة ككلمة

الكفر ، كما تقدم في القاعدة ٢١ . الا انه على كل حال لا يبطل حق الغير ، والا لكان من قبيل ازالة الضرر بالضرر ، وهذا غير جائز ومناف للقاعدة ٢٥

بناءً عليه ، فكما في المادة ، لو اكل طعام الغير اضطراراً ، فبعد زوال الاضطرار ، عليه قيمته في القيميات ، ومثله في المثليات .

ثم الاضطرار قد يكون سماوياً كالمجاعة ، وقد يكون بالإكراه الملجيء كالقتل او القطع ، او غير الملجيء كالضرب والحبس . ففي الملجيء الضمان على الآمر لا الفاعل وفي غير الملجيء على الفاعل .

ومن فروعها : لو صال عليه جملٌ فقتله ، يضمن قيمته لصاحبه ، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير . وقد ذكر الشارح الفاضل سليم باز اللبناني ، نقلا عن الملتقى ، انه اذا كان هو او غيره اشهد عليه ولم ينته فلا ضمان عليه مع انه لم يذكر هذا في الملتقى — وعبارة الملتقى في اواخر باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه هكذا (ولو قتل جملا صال عليه ضمن قيمته) — وقد راجعت كثيراً مما تحت يدي من متون وشروح وفتاوي فلم اعثر على هذا القيد . نعم قالوا لو كان لأحد جملٌ او خلافه من كل حيوان اعتاد الأذية كالكدم واللبط والنطح ، فاتلف انسانا او مالا ، لا يلزم الضمان على صاحبه ، الا بعد التقدم اليه .

المادة ٣٤ — ما حرم اخذه حرم اعطاؤه

وكما حرم الأخذ والإعطاء فعلاً ، حرم الامر بالأخذ . اذ الحرام لا يجوز فعله ، ولا الأمر بفعله .

فالرشوة ، وهي ما يعطى لترويج المرام ، كما يحرم اخذها واعطاؤها ، يحرم الأمر بها .

ومثله أخذ النائحة والمغنية الأجرة على النواح والغناء ، واعطاؤهما .

وكذا مهر البغي ، كما في شرح المجامع .

ولهذه القاعدة مستثنيات حال الضرورة ، كمن وقع تحت يد قطاع الطريق

وخاف على نفسه الهلاك منهم ، ولا يمكن خلاصه الا برشوة ، يدفعها لهم . فالاعطاء غير ممنوع في حق المعطي ، حرام في حق الآخذ .

كذلك لو غصب احد مال صبي ، ولا بينة لوصيه عليه ، و يعلم الوصي ان الغاصب يحلف كاذباً لو استحلف ، فللوصي دفع شيء له من مال الصغير لاسترداد المغصوب كلاً أو بعضاً ، فالحرمة على الآخذ لا المعطى للضرورة .

المادة ٣٥ — ما حرم فعله حرم طلبه

تقدم بيانه في المادة قبلها . فكل شيء لا يجوز فعله . لا يجوز طلب ايجاده من الغير ، سواء كان بالقول او بالفعل ، بأن يكون واسطة او آلة لايجاده .

فكما يحرم على الانسان مثلاً الظلم واخذ الرشوة وشهادة الزور واليمين الكاذبة يحرم ايضاً طلبه من غيره ، بأن يأمره بذلك ، او يشوقه على فعله ، او يكون آلة او واسطة له .

و يستثنى من ذلك مسئلة : وهي ان المدعى اذا كان صادقاً في دعواه . فأنكرها الخصم ، ولا بينة للمدعى ، فله ان يحلفه وان كان يعلم ان يمينه كاذبة — فاليمين الكاذبة تحرم .

وقد ساغ للمدعى طلبها من خصمه (اشباه) والعلة في جواز طلبها رجاء نكول المدعي عليه .

المادة ٣٦ — العادة مُحكّمة يعني ان العادة عامة كانت او خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي .

نقل العلامة ابن عابدين في رسالته « نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف » عن الاشباه ما نصه : « وذكر الهندي في شرح المغني : العادة عبارة

عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة . وهي انواع ثلاثة : العرفية العامة كوضع القدم ، والعرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة ، كالرفع للنحاة ، والفرق والجمع والنقض للنظار ، والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج ، تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية . »

ونقل عن شرح الأشباه للبيري عن المستصفى : « العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول » اهـ — وفي شرح التحرير : « العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » ثم قال اي ابن عابدين « قلت بيانه ان العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد اخرى ، صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وان اختلفا من حيث المفهوم . »

واعلم انه يرجع في مسائل كثيرة الى العرف والعادة ، حتى جعلوا ذلك اصلاً فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة — وهو نوعان : خاص وعام ، وكل منهما لا يخلو : اما ان يوافق الدليل الشرعي والمنصوص عليه في كتب ظاهر الرواية ، اولا . فأن وافقهما فلا كلام ، وان خالف الدليل الشرعي والمنصوص عليه في المذهب ، فنذكر ذلك في بابين :

﴿ **الباب الاول** ﴾ اذا خالف العرف الدليل الشرعي . فان خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص ، فلا شك في رده ، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً .

وان لم يخالفه من كل وجه ، بأن ورد الدليل عاما ، والعرف خالفه في بعض افراده ، او كان الدليل قياساً ، فان العرف يعتبر ان كان عاما ، وهو المتعارف في جميع البلاد او اكثرها . فان العرف العام يصلح مخصصاً كما مر عن التحرير ، ويترك به القياس كما صرحوا به في مسئلة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقا وكثير من مسائل مذكورة في ابواب الفقه

وان كان العرف خاصاً فانه لا يعتبر . وهو المذهب كما ذكره في الأشباه ، حيث قال : « فالحاصل ان المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن افتى كثير من المشايخ باعتباره » اهـ — اقول : وفي اجارات مبسوط السرخسي : « اسلم الرجل حنطة الى الطحان ليطحنها بدرهم و بربع دقيق منها ، فهذا فاسد » وهو تفسير الحديث في النهي عن قفيز الطحان .

ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص . وعرف المعنى به ، تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع . ومن فرع هذا لو دفع سمسما الى رجل على ان يعصره له برطل من دهنه ، فهو فاسد ايضاً ، اي للعلة المذكورة وهو الاستئجار على بعض ما يخرج من عمله .

ثم قال : ولو دفع غزلاً الى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب او بجزء شائع مسمى ، فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب ايضاً لأنه في معنى قفيز الطحان » قال رضي الله عنه : « وكان شيخنا يفتي بجواز هذا ، و يقول فيه عرف ظاهر عندنا ولو لم نجوزه ، إنما لا نجوزه قياساً على المنصوص ، لكن القياس يترك بالعرف كما في الاستصناع » اي فحيث كان دليل المنع هنا القياس على قفيز الطحان ، جاز العمل بخلاف القياس للعرف . اذ المنع كان بدلالة النص ، والعرف يصلح لتخصيص النص لا تركه ، بخلاف مسئلة قفيز الطحان فانه لا يجوز ، ولو تعارفوا عليه ، لاستلزامه ترك المنصوص .

ونقل ابن عابدين في تلك الرسالة عن الذخيرة ان العرف العام يترك به القياس ويخص به الأثر ، دون العرف الخاص ، فإنه لا يقضى على القياس ، كتعامل اهل بلدة واحدة . لأن تعامل اهل بلدة ان اقتضى ان يجوز التخصيص ، فترك التعامل من اهل بلدة اخرى يمنع التخصيص ، فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف التعامل في الاستصناع مثلا ، فانه يوجد في البلاد كلها — ثم لا يخفى ان ما هو من الاموال الربوية ، كالبر والشعير والتمر والملح ، نص الشارع على انها كيلية . فلو تعارف الناس على استعمالها وزنا ، لا يجوز ، وهو قول الامام ابى حنيفة ومحمد ، واحدى الروايتين عن ابي يوسف . فعلى رواية الجواز عنه لزم ان يكون العرف قاضياً على النص ، فكيف يقول به ؟

فاعلم ان مراده على هذه الرواية التفصيل ، وهو انه عند تعارض النص والعرف ينظر : فإن كان النص مبتنياً على العرف ، فالاعتبار للعرف ، والا فللنص — ومعنى ابتناء النص على العرف ان الشارع انما اعتبر تلك الاشياء مكيلة لكونها كانت كذلك في وقته ، ولو كانت العادة باعتبارها موزونة لنص عليها كذلك ، فحينئذٍ ليس في اتباع العادة الحادثة مخالفة النص ، بل اتباعه ٠

هذا وقد ذكر في تنوير الابصار وشرحه الدر المختار من باب الربا : وما نص الشارع على كونه كيلياً كبر وشعير وتمر وملح ، او وزنياً كذهب وفضة ، فهو كذلك لا يتغير ابداً ، فلم يصح بيع حنطة بحنطة وزنا ، كما لو باع ذهباً بذهب او فضة بفضة كيلا ، ولو مع التساوي ، لأن النص اقوى من العرف ، فلا يترك الأقوى بالأدنى ٠ وما لم ينص عليه ، حمل على العرف ، اي عادات الناس لأن العادة دلالةٌ على الجواز فيما وقعت عليه ، لحديث ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن ٠ وعن الثاني اعتبار العرف مطلقاً ، ورجحه الكمال ، وخرّج عليه سعدي افندي استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزنا في زماننا ، يعني بمثله اهـ ٠ وفي الكافي : « الفتوى على عادة الناس » (بحر ، راقره المصنف) قال ابن عابدين : « وظاهر كلام المحقق ابن الهمام ترجيح هذه الرواية » فعلى قول الطرفين لو تعارف الناس على استعمال الاشياء المذكورة لا يجوز ، لأن العرف لا يصادم النص ، ويجوز على احدي الروايتين عن الثاني ، من حيث ان النص كان مبنياً على العرف ٠ وفيما يروى عن ابي يوسف ، ورجحه المحقق ابن الهمام و بعض المحققين من المشايخ ، تسهيلٌ ورفع حرجٍ عظيم عن الناس فيما اعتادوه من استعمال ما نص عليه الشارع انه مكيل موزونا وبالعكس ٠

❋ الباب الثاني ❋ في عرف خالف مسائل فقهية لم تثبت

بصريح النص بل بالاجتهاد والرأي ٠ وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه ، بحيث لو كان في الزمان الذي حدث فيه العرف ، لقال بخلاف ما قاله اولاً — قال ابن عابدين : « ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد انه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف

لزمان ، لتغير عرف اهله ، او لحدوث ضرورة او لفساد اهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه اولاً لزم منه المشقة والضرر بالناس ، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد » — ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناءً على ما كان في زمنه ، لعلمهم بانه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به اخذاً من قواعد مذهبه — فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين التي كانت في الصدر الاول . ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا اجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم . ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة او صناعة يلزم ضياع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم ، وكذا على الإمامة والأذان ، مع ان ذلك مخالف لما اتفق عليه ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ، من عدم جواز الاستئجار واخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك .

ومن ذلك قول الامامين بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة ، مع مخالفته لما نص عليه ابو حنيفة ، وهو الاكتفاء : بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة .

ومن ذلك تحقق الاكراه من غير السلطان ، مع مخالفته لقول الإمام ، بناءً على ما كان في زمنه ان غير السلطان لا يمكنه الاكراه .

ومن ذلك تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب ، من ان الضمان على المباشر دون المتسبب ، ولكن أفتوا بضمانه زجراً ، بسبب كثرة السعاة المفسدين

ومن ذلك مسائل كثيرة كتضمين الأجير المشترك ، وقولهم ان الوصي ليس له ان يضارب في مال اليتيم والوقف ، وبعدم اجارته اكثر من سنة في الدور ومن ثلاث سنين في الاراضي ، مع مخالفته لأصل المذهب من عدم الضمان وعدم التقدير بمدة .

ومنع النساء عما كن عليه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من حضور المساجد لصلاة الجماعة .

وافتائهم بمنع الزوج من السفر بزوجته وان اوفاها المهر المعجل ، لفساد الزمان . وبعدم قبول قوله انه استثنى بعد الحلف بطلاقها ، الا ببينة ، لفساد

الزمان ، مع ان ظاهر الرواية خلافه ٠

وبعدم تصديقها ، بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع انها منكرة للقبض ، وقاعدة المذهب ان القول للمنكر ، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه ٠

وكذا قولهم في قوله « كل حِلٍ عليَّ حرامٌ » يقع به الطلاق للعرف٠ قال مشايخ بلخ : وقول محمد « لا يقع الا بالنية » اجاب به على عرف ديارهم ، اما في عرف بلادنا فيريدون به تحريم المنكوحة اهـ٠

وافتاؤهم ببيع الوفاء وبالاستصناع ٠

وكذا الشرب من السقا بلا بيان قدر الماء ٠

ودخول الحمام بلا بيان قدر المكث وقدر الماء ٠

ونحو ذلك من المسائل التي اختلف حكمها لاختلاف عادات اهل الزمان واحوالهم التي لا بد للمجتهد من معرفتها ، وهي كثيرة جداً لا يمكن استقصاؤها ٠

ويقرب من هذا مسائل كثيرة ايضاً حكموا فيها قرائن الأحوال العرفية ٠

يقول الفقير : قال في البدائع : « لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة : قال تبارك وتعالى في قصة يوسف عليه السلام (وشهد شاهد من اهلها — الآية) ٠ وكذلك قال اصحابنا في لؤلؤي ودباغ في حانوت واحد هو في ايديهما ، فيه لؤلؤ واهاب ، فتنازعا فيهما ، يقضى باللؤلؤ للؤلؤيّ ، وبالاهاب للدباغ » وتمامه هناك ٠

وكمسئلة الاختلاف في الميزاب وماء الطاحون ٠

وكذا الحكم بالحائط لمن له اتصال تربيع ٠

وعدم سماع الدعوى ممن سكت بعد اطلاعه على بيع جاره او قريبه مثلا٠ وعدم سماعها ايضاً ممن سكت بعد رؤية ذي اليد يتصرف في الدار تصرف الملاك من هدم وبناء ٠

وعلى هذا العملُ بالقرينة القاطعة كما في المادة ١٧٤١ ٠

ثم وبحسب تغير الزمان والأحوال ، لوطرأ عرفٌ جديد ، هل للمفتي في

هذا الزمان ان يفتي على وفقه ويخالف المنصوص في كتب المذهب ؟ فاعلم ان المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب ، لم يخالفوا صاحب المذهب الا لتغير الزمان والعرف ، ولو كان في زمانهم لقال بما قالوه ، مما يستخرج به الحق من ظالم او يدفع دعوى متعنت ، لكن لا بد للمفتي والحاكم من نظر سديد وبحر مديد في الأحكام الشرعية اصولاً وفروعاً ، مع الوقوف على احوال الزمان واهله وعاداتهم ، ومعرفة ان هذا العرف خاص او عام ، وانه مخالف للنص اولا . والا فالعرف ، ولو عاماً ، لا يصادم ما نص عليه الشارع كما تقدم — الا ترى لو ان مغربياً تزوج بمشرقية وبينهما اكثر من ستة اشهر ثبت النسب ، لحديث (الولد للفراش) مع ان تصور الاجتماع بينهما بعيد جداً — والعلة في ذلك ، كما في الأصول ، ان ثبوت النسب وان كان هو حكم الدخول حقيقة ، لكن سببه الظاهر هو النكاح ، لكون الدخول امراً باطناً فيقام عقد النكاح مقامه في اثبات النسب . ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : (الولد للفراش وللعاهر الحجر .)

ومثله في عدم اعتبار القرائن على الاطراد ما لو شهد الشاهدان بخلاف ما قامت عليه القرينة ، فالمعتبر هو الشهادة ما لم يكذبها الحس . كما لو شهدا بأن زيداً قتل عمراً ، ثم جاء عمرو حياً ، او الدار الفلانية اجرة مثلها كذا ، وكل من رآها يقول ان اجرتها كذا .

وقد يتفق قيام القرينة على امر مع احتمال غيره احتمالا قريباً ، كما لو راى حجراً منقوراً على باب دار عليه وقفية الدار ، لا يثبت كونها وقفا بمجرد ذلك ، كما صرحوا به ، لاحتمال ان من بناها كتب ذلك واراد ان يقفها ، ثم عدل عن وقفها او مات قبله ، او بعد وقفها استحقها مستحق اثبت انها ملكه ، او غير ذلك من الاحتمالات الظاهرة التي لا يثبت معها نزع الدار من المتصرف بها تصرف الملاك من غير منازع مدة مديدة ، فانهم صرحوا بأن التصرف القديم من اقوى علامات الملك — وقال في رسالته : « وعن هذا قال بعض المحققين : لا بد للحاكم من فقه في احكام الحوادث الكلية ، وفقه في نفس الواقع واحوال الناس ، يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ، ثم يطابق بين هذا

وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع »

وكذا المفتي الذي يفتي بالعرف لا بدله من معرفة الزمان واحوال اهله ، ومعرفة ان هـذا العرف خاص او عام ، وانه مخالف للنص اولا ، ولا بد له من التخرج على استاذ ماهر ، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل . فان المجتهد لا بدّ له من معرفة عادات الناس كما قدمناه وكذا المفتي — ولذا قال في المنية « لو ان الرجل حفظ جميع كتب اصحابنا ، لا بد ان يتلمذ للفتوى ، حتى يهتدى اليها ، لأن كثيراً من المسائل يجاب بها على عادات اهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة »

وقريبٌ منه ما نقل في الأشباه عن البزازية ، من ان المفتي يفتي بما يقع عنده من المصلحة .

☀ تنبيـــه ☀

اعلم ان كلاًّ من العرف العام والخاص انما يعتبر اذا كان شائعاً بين اهله يعرف جميعهم ، والا فلا يعتبر لكن الشيوع بالأكثر كاف ، اذا لا عبرة للأقل — وقد بنوا على العرف مسائل : منها بيع الثمار على الأشجار عند وجود بعضها دون بعض ، فقد اجازه بعض علمائنا . وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك — قال شمس الائمة السرخسي : « والصحيح عندي انه لا يجوز هذا البيع لأن المصير الى هذا الطريق انما يكون عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة ههٰنا ، لأنه يمكنه ان يبيع اصول هذه الاشياء مع ما فيها من الثمرة ، وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشتري — او ان المشتري يشتري الثمار الموجودة ببعض الثمن ، ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده . او يشتري الموجود بجميع الثمن ، و يحل له البائع الانتفاع بما يحدث ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق ، ولا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم »

وقد سُئلت عن حادثة تناسب هذا البحث : وهو ان بعض عشاير البدو في بلادنا وهم العنزة واضرابهم تعارفوا على بيع الخيول الأصيلة من بعضهم او من اهل المدن على شرط ان اول مهرة وثاني مهرة تلدهما الفرس المبيعة عند المشتري يكونان

للبائع ، فولدت اول مهرة عند المشتري فأبى اعطاءها للبائع ، فهل هذا البيع صحيح لجريان العرف به ، و يلزم المشتري ذلك ، ام فاسد ؟ — فلم أفت بصحة هذا البيع لتضمنه شرطاً لا يقتضيه العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، والافتاء بصحته ولزوم رعاية هذا الشرط مخالف لنص المذهب.

على انه وان كان العرف الخاص معتبراً يعمل به على قول بعضهم ، وهو صريح المادة الناطقة بأن العادة عامة كانت او خاصة الخ . الا انه فضلاً عن ذلك فان من تتبع المسائل يجد ان ذلك فيما دعت اليه الضرورة ، بأن كان في عدم رعاية العرف حرج . اذ يمكن ان تقوّم الفرس حين العقد خالية عن شرط الثاني بقيمة ومع هذا الشرط بقيمة ، و ينظر الفرق بينهما : فاذا كانت تساوي خمسين الف غرش بدون هذا الشرط ، وثلاثين مع هذا الشرط ، فبدلاً عن بيعها بالثاني يبيعها بخمسين ، ثلاثون منها معجلة وعشرون مؤجلة الى وقت معين ، ثم لوقت آخر بمثله على ان البائع يبرأه عنها اذا اعطاه مهرتين من بطنها ، فينعقد البيع على الخمسين و يبطل هذا الابراء المشروط ، لما في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار قبيل باب الصرف : « الابراء يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط » فيبقى العشرون الفاً ديناً في ذمة المشتري . ثم بعد ذلك لا يخلو : ان ولدت مهرتين ، يأخذهما البائع بطريق الشراء بالعشرين الفاً الباقية في ذمة المشتري — والاً بأن ماتت الفرس او ظهرت عقيماً ، يبقى الدين في ذمته يدفعه للبائع . وبهذا الطريق يتخلص كل منهما من الاقدام على هذا العقد الفاسد المخالف لنصوص المذهب.

واعلم ان جميع المسائل الواردة في مواد ١٨٨ و٢٥١ و٢٣٣ و٢٤٤ و٢٥١ و٣٥٣ و٤٩١ و٥٥٥ و٨٢٩ و١٤١٥ و٤٩٥ و٦٢٢ مخرجة على اعتبار العرف يعلم ذلك من مراجعتها .

المادة ٣٧ = استعمال الناس حجة يجب العمل بها

هذه القاعدة مؤداها ومؤدى التي قبلها واحد . يعني ان عادة الناس ، اذا لم تكن مخالفة للشرع ، حجة ودليل يجب العمل بها ، لأن العادة محكمة ،

فعلى هذا كما في المادة ٣٨٨ اذا قال شخص لأحدٍ من اهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً ، وقبل الصانع ذلك ، انعقد البيع استصناعاً — مثلا لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له اصنع لي زوجي خف من السختيان الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ، او تقاول مع نجار على ان يصنع له زورقاً او سفينة و بين له طولها وعرضها واوصافها اللازمة ، وقبل النجار ، انعقد الاستصناع .

وعن هذا قال في الأشباه : « اذا تعارض العرف مع الشرع ، قُدِّم عرف الاستعمال ، خصوصاً في الأيمان . فاذا حلف لا يجلس على الفراش او على البساط . او لا يستضيء بالسراج ، لم يحنث بجلوسه على الارض ، ولا بالاستضاءة بالشمس وان سماها الله تعالى فراشاً و بساطاً ، وسمي الشمس سراجاً . وان حلف لا يأكل لحماً ، لم يحنث باكل لحم السمك . وان سماه الله تعالى لحماً . ولو حلف لا يجلس تحت سقف . فجلس تحت السماء ، لم يحنث ، وان سماها الله تعالى سقفاً » .

وفي أيمان البدائع : « لو حلف لا يدخل بيتاً . فدخل مسجداً او بيعة او كنيسة او بيت نار ، او دخل الكعبة او حماماً او دهليزاً ، او ظلة باب دار ، لا يحنث ، لأن هذه لا تسمى بيتاً على الاطلاق عرفاً او عادة ، وان سمى الله عز وجل الكعبة بيتاً في كتابه العزيز في قوله تعالى (ان اول بيت وُضع للناس للذي ببكة) وسمي المساجد بيوتاً حيث قال الله تعالى (في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه) لأن مبنى الأيمان على العرف والعادة ، لا على نفس اطلاق الاسم » .

تنبيه

ليس في هذه المسائل قضاء العرف على الشرع ، بل لأن الناس بحسب تعارفهم واستعمالاتهم لا يريدون بالسراج الشمس ، ولا بالفراش الارض ، ولا بالسقف السماء . — الا ترى انه لو اوصى لأقاربه ، وفيهم الوارث وغير الوارث ، لا يدخل الوارث وان اراده الموصي ، لأن الشرع في الوصية للاقارب خصص الوارث من بينهم في عدم الدخول ، فالعرف لا يعارضه .

كذلك لا يدخل الولد والوالدان ، لعدم استعمال لفظ الأقارب فيها عرفاً (در مختار)

المادة ٣٨- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

اعلم اولا ان الشيء الممتنع عند المتكلمين ، اما ممتنع حقيقةً ، وهو الذي لا يمكن وجوده عقلاً . وهو اما ان يكون ممتنعاً عقلاً لذاته كشريك الباري ، واجتماع النقيضين ، والجمع بين الضدين — او لغيره وهو ما يمتنع لعلم الله تعالى بعدم وقوعه ، لعدم تعلق الارادة كايمان ابي جهل مثلاً ، فانه ممكن في نفسه ، ممتنع لغيره ، وهو تعلق علم الله وارادته بعدم الوقوع . فالاول ، وهو الممتنع لذاته ، لا نزاع بين اهل السنة والمعتزلة في عدم وقوع التكليف به ، كما انه لا نزاع بين الطرفين في وقوع التكليف بالثاني وهو الممتنع لغيره .

واما ممتنعٌ عادةً ، كالصعود الى السماء مثلاً ، فالجمهور على ان التكليف به غير واقع ، خلافاً للأشعري القائل بوقوعه ، مع الاتفاق على جوازه — لكن ذكر في المقاصد ان النزاع انما هو في الجواز لا في الوقوع . اذ الوقوع منفيٌّ قطعاً وهو الظاهر من المواقف حيث قال : نحن نجوزه وان لم يقع بالاستقراء و يمنعه المعتزلة .

واما عند الفقهاء التي لا تنظر الا في احكام افعال المكلفين . فالممنوع عادة كالممنوع حقيقة — وعن هذا جاء في المادة ٧٩ ان المرأ مؤاخذٌ باقراره ، مع انه يمكن ان يكون كاذباً فلا يؤآخذ . الا انه لما كان اقرار الانسان على نفسه كذباً بما هو ضررٌ عليه ممتنعاً في العادة ، نزل الممتنع عادةً ، منزل الممتنع حقيقة فكان مؤاخذاً . وهذا قول الإمام ابي حنيفة ومحمد ، وهو القياس . لكن مشت المجلة على قول ابي يوسف كما يأتي في المادة ١٥٨٩ ، اذا ادعى كونه كاذباً في اقراره الذي وقع ، يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً ، وهو الاستحسان — وجهه ان العادة جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ، ثم يأخذون المال ، فلا يكون الاقرار دليلاً على اعتبار هذه الحالة ، فيحلف المقر له ، لأنه لا يضره اليمين اذا كان صادقاً (درر)

ومن فروعها ما في الماده ١٦٢٩ اذا ادعى احدٌ في حق من هو اكبر منه سناً ، او في حق من نسبه معروف، بأنه ابنه ، لا تكون دعواه صحيحةً ، لاستحالة ذلك عقلا .

ومثال المستحيل العادي ما في الدر المختار : «ادعى معروفٌ بالفقر اموالاً عظيمةً على آخر انه اقرضها منه دفعةً واحدةً ، او غصبها منه ، حال كونه لم يرث ولم يصب مالا ، لا تُسمع، لانها مستحيلةٌ عادة .»

✵ تنبيـــه ✵

اعلم ان هذه القاعدة بل واكثر القواعد الفقهية اكثرية ، بمعنى انها حكم اكثري ينطبق على اكثر جزئياته ، لا كلية ، فهي كالقضية الجزئية ، بمنزلة قولنا بعض الممتنع عادة كالممتنع حقيقة — والاّ فقد لا يكون الممتنع عادة كالممتنع حقيقة بل يفترقان حكما في بعض المواضع ، كما في اليمين . فقد صرح في البدائع وغيره فيما يرجع الى المحلوف عليه : يشترط في انعقاد اليمين على امرٍ في المستقبل ان يكون المحلوف عليه متصوَّر الوجود حقيقةً عند الحلف . ويشترط لبقائها بعد الحلف بقاء المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة . فلا تنعقد على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ، ولا تبقى اذا صار بحال يستحيل وجوده عند الإمام ابي حنيفة ومحمد وزفر . وعند ابي يوسف هذا ليس بشرطٍ لانعقاد اليمين ولا لبقائها ، وانما الشرط ان تكون على امرٍ في المستقبل .

واما كونه متصور الوجود عادةً ، فهل هو شرط انعقاد اليمين ؟ —قال ائمتنا الثلاثة : ليس بشرط ، فينعقد على ما يستحيل وجوده عادةً ، بعد ان كان لا يستحيل وجوده حقيقة . وقال زفر : عدم استحالة وجوده عادةً، شرطٌ لا ينعقد اليمين بدونه — وبيان هذه الجملة اذا قال والله لأشربنّ الماء الذي في هذا الكوز معتقداً ان فيه ماءً . فاذا لا ماء فيه ، لم تنعقد اليمين في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر ، لعدم شرط الانعقاد ، وهو تصور شرب الماء الذي حلف عليه . وعند ابي يوسف تنعقد لوجود الشرط ، وهو الإضافة الى امرٍ في المستقبل .

وان كان يعلم انه لا ماء فيه ، ينعقد ويحنث عند ائمتنا الثلاثة وعند

زفر لا تنعقد ، وهو رواية عن ابي حنيفة علم او لم يعلم .

وعلى هذا الخلاف اذا وقت ، وقال : والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ، ولا ماء في الكوز . وكذا لو قال : والله لأقتلن فلانا ، معتقداً حياته ، وفلان ميتٌ وهو لا يعلم بموته ، لا تنعقد عندهم ، خلافاً لأبي يوسف واذا كان عالماً بموته تنعقد عندهم خلافاً لزفر . ولو قال والله لأمسّنّ السماء ، او لاصعدنّ السماء ، تنعقد عند ائمتنا الثلاثة ، وعند زفر لا تنعقد .

والفرق بين العلم ، اي اعتقاده ان في الكوز ماء ، او ان الشخص حيّ فيحنث ، و بين العلم بعدم ذلك ، اي اعتقاده ان لا ماء في الكوز ، او ان الشخص ميتٌ فلا يحنث ، ان اليمين حينئذٍ يقع على الماء الذي اعتقد وجوده وقت اليمين ، وعلى ازالة حياةٍ قائمةٍ وقت اليمين ، والله تعالى وان كان قادراً على خلق الماء في الكوز ، ولكن هذا المخلوق لا يكون ذلك الماء الذي وقعت يمينه عليه وفي مسئلة القتل زالت تلك الحياة على وجهٍ لا يتصوّر عودها . بخلاف ما اذا كان عالماً بعدم وجود الماء في الكوز ، او بموت الشخص فأنما انعقد اليمين على ماء اخر يخلقه الله تعالى ، وعلى حياة اخرى يحدثها الله تعالى ، الا ان ذلك على نقض العادة ، فكان العجز عن تحقيق البرّ ثابتاً عادةً لا حقيقةً ، فيحنث بخلاف قوله لأمسّنّ السماء ونحوه ، لأن هناك البر متصور الوجود في نفسه حقيقةً بأن يقدره الله تعالى على ذلك ، كما اقدر الملائكة وغيرهم من الانبياء عليهم الصلاة والسلام ، الا انه عاجز عن ذلك عادة ، فلتصور وجوده حقيقةً انعقدت ، وللعجز عن تحققه عادة حنث ، ووجبت الكفارة .

والحاصل انه في هذا الموضع لم يكن الممتنع حقيقة مساويا في الحكم للممتنع عادةً ، الا على قول زفر .

كذلك اذا تزوج مشرقيٌ بمغربية بينهما مسافة ستة اشهر فأكثر ، فجاءت بولدٍ لستة اشهر ، ثبت نسبه منه عندنا ، لأن الوصول اليها أثر العقد وان كان مستحيلاً عادةً ، لكنه غير مستحيل حقيقةً (بأن كان على وجه الكرامة) — فهنا لم يكن الممتنع عادةً كالممتنع حقيقة . نعم هذه القاعدة تجري على مذهب

الشافعي القائل بعدم ثبوت النسب — (تتمة) ·

يدخل تحت هذه القاعدة كل شيء مستبعد في العادة ، حتى انهم افتوا بعدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع انها منكرةٌ للقبض ، وقاعدة المذهب ان القول للمنكر ، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه ·

وافتوا بعدم سماع الدعوى ممن سكت ايضاً بعد اطلاعه على بيع جاره او قريبه داراً مثلا ·

وبعدم سماعها ممن سكت ايضاً بعد رؤيته ذا اليد يتصرف في الدار تصرف الملاك ·

ومن تتبع جزئياتها يجد اكثرها في الدعاوي والشهادات ، وفي القول لمن ·

المادة ٣٩ — لا ينكر تغير الاحكام بتبدل الازمان

اعلم ان بعضاً من الاحكام الشرعية قد يكون مبنياً على عرف الناس وعاداتهم · فاذا اختلفت العادة عن زمانٍ قبله ، تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم ، واما اصله فلا يتغير ·

مثلاً اثبت الشرع خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً ولم يره · فالفقهاء المتقدمون كان في عصرهم اعتياد الناس على بناء الدور على نسقٍ واحد لا تفاوت بين بيوتها · فقالوا ان رؤية بيتٍ واحدٍ من الدار ، يغني عن رؤية الجميع في اسقاط الخيار · واخيراً لما اختلف طرز الانشاآت ، وكان الدار يختلف بعض بيوتها عن بعض بحسب عادتهم ، افتى المتأخرون بأنه لا بد من رؤية جميعها — فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان ، بل اختلاف عصر زمان ·

كذلك افتوا بعدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع انها منكرةٌ للقبض ، وقاعدة المذهب ان القول للمنكر ، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه ·

وقد يكون التغير مبنياً على تغير احوال الناس المعبر عنه بتبدل الزمان ، لا على تغير العرف والعادة ، كالاختلاف بين الإمام الأعظم وصاحبيه في عدم لزوم تزكية الشهود عنده ، ما لم يطعن الخصم ، اكتفاء بظاهر العدالة ، بناء على ما كان في زمنه من الصلاح ، ولزومها عندهما بناء على تغير احوال الناس ، وقد مشت المجلة على قولهما كما في المادة ١٧١٦ .

كذلك المادة ٥٩٦ القائلة بان منافع المغصوب غير مضمونة ، لأنها اعراض تتجدد آناً فآناً فلا تقوّم ، وبدل الضمان يكون من الأعيان وهو يقتضي المماثلة ولا مماثلة بين الأعيان والأعراض — ولا يرد تقومها في الإجارات ، لأنها بسبب العقد تنزل منزلة الأعيان المتقومة — لكن المتأخرين أفتوا استحساناً بضمان المنافع في مال الوقف واليتيم ، وما في حكمه كالصغير والمعتوه والمجنون ، لمّا شاهدوا اطماع الناس في مال الوقف واليتم ، زجراً لهم .

واما وجه الضمان في المعدّ للاستغلال فالغاصب سواء عطله او استعمله لا بتأويل ملك او عقد ، يحمل فعله هذا على الاستئجار . غير ان جهالة الأجرة توجب فساد العقد ، فيلزمه اجر المثل .

ونظيره افتاؤهم بتضمين الساعي بالفساد ، لتبدل احوال الناس ، مع ان القاعدة ان الضمان على المباشر دون ان المتسبب ، زجراً لهم .

وكغلق باب المسجد في غير وقت الصلوة في زماننا ، مع انه مكان معدّ للعبادة ينبغي ان لا يغلق . جوّزوا ذلك صيانةً عن السرقة .

ومنع النساء عما كن عليه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من حضور المساجد لصلوة الجماعة ، درءاً للفساد .

كذلك قولهم ان الوصي ليس له المضاربة بمال اليتيم في زماننا .

فهذه الاحكام وامثالها تثبت استحساناً . والاستحسان ، كما في التلويح ، احد الأدلة الاربعة ، يقع في مقابلة القياس الجليّ و يعمل به اذا كان اقوى من القياس — وثبوته اما بالأثر كالسلم والإجارة وبقاء الصوم في الاكل ناسياً ، واما بالاجماع كالاستصناع ، واما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار ، فكان ثبوت هذه الفروع بالطريقة الرابعة ، وهي الضرورة بحسب تبدل

احوال الناس ·

﴿ تنبيه ﴾

يستنتج من هذه القاعدة ان تبدل الحكم سواء كان لتبدل العرف والعادة او لتبدل احوال الناس ، على نوعين :

نوعٌ لم يتبدل حقيقةً بل هو هو ، لكون المقصود في الحالين واحداً ، اعني حصول العلم بحال المبيع وبعدالة الشهود ، اذ كان اولاً يُكتفى برؤية بيت من الدار ، وبظاهر عدالة الشهود ، ثم قالوا بعدم الاكتفاء على هذه الكيفية بناء على تغير الزمان ·

ونوعٌ فيه تبدل حقيقي ، كما في الفروع الأخيرة التي ادرجناها في القاعدة لأن الاستحسان القاضي فيها على القياس الجلي ثبت بالضرورة مخالفاً لحكم القياس ، كما لا يخفى على من دقق نظره ·

واما الحكم الذي لا يكون مبنياً على العرف والعادة ، ولا على تغير احوال الناس ، فلا يتغير اصلاً · كالظلم مثلاً ، فانه ممنوع في كل وقت وفي كل حال ، لا يتغير ابداً ·

المادة ٤٠ = الحقيقة تترك بدلالة العادة ·

تقدم الكلام على الحقيقة والمجاز في المادة ١٢ وبقي شيء وهي الكناية · فنقول هي لا تخلو عن احدهما ، لما في جمع الجوامع : « الكناية لفظٌ استعمل في معناه ، مراداً منه لازمُ المعنى » فهي على هذا التعريف حقيقة · فأن لم يرد المعنى باللفظ ، وانما عبر بالملزوم عن اللازم ، فهو مجاز اهـ ·

وقال محشيه العلامة البناني : للبيانيين في الكناية طريقان :

الأول انه اللفظ المستعمل في معناه الحقيقي ، لينتقل منه الى لازمه ، كقولنا طويل النجاد ، مستعملاً في طول حمائل السيف ، لكن لا لذاته ، بل للانتقال الى اللازم ، وهو طول القامة · وعلى هذا فهي حقيقة لأن اللفظ

ج-١

لم يستعمل الا في معناه الحقيقي ، وان كان المقصود منه لازمه .

والثاني انه اللفظ المستعمل في لازم معناه مع جواز ارادة معناه الحقيقي . كأطلاق طويل النجاد ، مراداً منه طول القامة فقط ، او طول القامة مع طول حمائل السيف . وعلى هذا فهي ليست حقيقةً ولا مجازاً .

اما الأول ، فلأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له .

واما الثاني ، فلأن المجاز لا يصح معه ارادة المعنى الحقيقي . لكن على تعريف صاحب المتن ، فهي لا تخرج عن كونها حقيقةً او مجازاً — فما اتى به الاصوليون من تقسيم طريق البيان الى حقيقةٍ ومجازٍ صحيح .

ثم ان الأصل في الكلام الحقيقة ، والمجاز خلف عنه . ولهذا ، عند عدم القرينة ، ينصرف اللفظ الى معناه الحقيقي . الا انه في بعض المواضع قد يتعذر ارادة المعنى الحقيقي كما سيأتي في المادة ٦١ . لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة وكانت مما لا يؤكل عينها ، ينصرف الى ثمرها ان كان لها ثمر ، والا فلثمنها ، صوناً لكلام العاقل عن الالغاء .

وقد لا يتعذر المعنى الحقيقي ، لكنه مهجورٌ عرفاً وعادةً . فالحكم في ذلك انه كالمتعذر ، وهذا صريح المادة . كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان ، ينصرف الى الدخول باي وجهٍ كان راكباً او ماشياً ، حافياً او منتعلا ، لأنه هو المتعارف ، لا المعنى الحقيقي وهو مباشرة القدم ، دخل او لم يدخل ، لأنه مهجور عرفاً ، والعرف قاضٍ على الوضع .

ومن ثم صرحوا في كتاب البيوع ان صيغ الماضي في العقود ، كبعت واشتريت ، يتم الركن بها ، وان كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت ايجابا للحال في عرف اهل اللغة والشرع .

وقد سمعت فيما نقلناه في المادة ٣٧ ان لفظ الواقف والموصي والناذر وكل عاقدٍ يحمل على عادته في خطابه .

ومن ذلك ما في المادة (١٥٨٤) ان الإقرار لا يصح تعليقه بالشرط ، لكن اذا كان معلقاً بشرطٍ صالح لحلول الأجل في عرف الناس نحو ان اتى شهر كذا فأني مديون لك بكذا ، يحمل على الاقرار بالدين المؤجل ، ويلزم تأدية

المبلغ عند حلول ذلك الوقت .

المادة ٤١ – انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

هذه القاعدة والتي بعدها متحدتان مآلا ، يرجع معناهما الى ان العادة محكمة، وهي القاعدة ٣٦ فارجع اليها .

وتقدم في شرحها هناك ان صاحب الفتح رجح اعتبار العرف الخاص ، وان كلاً من العرف الخاص والعام، انما يعتبر اذا كان شايعاً بين اهله يعرف ذلك جميعهم ، والا فلا يعتبر . وان الشيوع في الأكثر كاف ، اذ لا عبرة للأقل .

وفي مجمع الحقائق : العادة المطردة تنزل منزلة الشرط ، حتى لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ من الثمن كل جمعة قدراً معلوماً ، انصرف البيع اليه بلا بيان ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

وفي الأشباه عن شرح الوهبانية : ومما يتفرع على هذا لو جهز الاب ابنته جهازاً ودفعه لها ، ثم ادعى انه عارية ، ولا بينة ، ففيه اختلاف : والفتوى انه ان كان العرف مستمراً ان الأب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا عارية ، لم يقبل قوله . وان كان العرف مشتركاً ، فالقول للأب . وقال قاضيخان: « وعندي ان الاب ان كان من كرام الناس واشرافهم ، لم يقبل قوله . وان كان من اوساط الناس ، كان القول قوله » — وعلى كل قول فالمنظور اليه العرف، فالقول المفتى به نظر الى عرف بلدها ، وقاضيخان نظر الى جانب الأب في العرف .

واعلم ان العرف الخاص وان كان معتبراً في بناء الحكم عليه ، الا انه يثبت به الحكم الخاص لما في الأشباه عن البزازية ان الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص قال محشيه الحموي : « يفهم منه ان الحكم الخاص ، كالوقف على درس الحديث ولم يعلم مراد الواقف ، هل من يدرس علم الحديث ، وهو معرفة المصطلح ، ام يقرأ متن الحديث ؟ — قيل يتبع اصطلاح كل بلد .

ثم وان العرف اعني العادة انما تعتبر اذا كانت سابقة · ولا يكفي سبقها فقط ، بل يشترط بقاؤها الى زمان الحادثة ، حتى تقترن بها ، فيبنى عليها الحكم واما لو كانت سابقة ثم الغيت ، او طرأت بعد الحادثة ، فلا يبنى عليها الحكم اه (اشباه ملخصاً) ·

وفيه مع حاشيته للحموي ما ملخصه : ان العرف انما يعتبر في المعاملات لا في التعليق والاقرار والدعوى · وذلك لأن العادة الغالبة انما تقيد لفظ المطلق اذا تعلق بانشاء امر في الحال ، دون ما يقع اخباراً عن متقدم · فالدعوى والاقرار لا يكونان الا اخباراً عن وجوب سابق متقدم ، وربما كان الوجوب سابقاً على العرف الغالب ، او غلب في بقعة اخرى ·

يقول الفقير : هذا التعليل يصلح فيما لو اقر او ادعى مطلقاً · اما لو بين سبب الوجوب في زمان العرف موصولاً بالاقرار او الدعوى ، فالظاهر اعتبار العرف حينئذ · كما لو قال لزيد علي عشرون ليرة ثمن بضائع تجارية اشتريتها منه منذ عشرة ايام في بلدتنا هذه ، وكان العرف ان الثمن يدفع في تلك البلدة بالأسابيع ، وكانت الليرة العثمانية هي المتعارفة رواجاً اذا أطلقت ، وكان العرف جاريا على ذلك قبل تاريخ الاقرار — وقول صاحب الأشباه ربما كان الوجوب سابقاً على العرف الغالب يشير الى هذا ، اي الى ان الإقرار مطلق عن القيد ·

ونقل الحموي عن بعضهم ان المطلق في التعليق لا يتقيد بالعرف لقلة وقوعه اي لأن العادة كما تقدم في شرح المادة ٣٦ عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة ، وما يكون وقوعه غير مألوف ، كيف يدخل تحت العرف ؟

ثم فرع صاحب الأشباه على عدم تقيد المطلق بالعرف ما نقله عن المبسوط اذا اراد الرجل ان يغيب ، فحلفته امرأته ، فقال كل جارية أشتريها فهي حرة ، وهو يعني كل سفينة جارية ، عمل بنيته ، ولا يقع عليه العتق · قال الله تعالى : (وله الجواري المنشآت في البحر كالأعلام) والمراد السفن ، فاذا نوى ذلك عملت نيته ، لأنها ظالمة في هذا الاستحلاف ، ونية المظلوم فيما حلف عليه معتبرة — اقول : استفيد من هذا ان الجارية لما كانت في عرف الناس تنصرف الى السرية المملوكة لا السفينة ، ينبغي وقوع الطلاق عملاً بالعرف ، الا انه

لما كان تعليقاً فالعرف لا يقيده ، وهو لفظ مشترك بحسب اللغة ، فصح اعتبار نيته لكونه مظلوماً ، فهو استدلال بالمفهوم . فان قلت قوله لأنها ظالمة - الخ - هذا الاستحلاف ، يفهم من هذا التعليل انه لو لم يكن مظلوما في استحلافه ، ما صحت نيته ، لما ان المذهب اعتبار اليمين على نية المحلف ، فيلزم من هذا المفهوم اعتبار العرف في التعليق ، وهذا خلف لكونه اثباتا للمطلوب بابطال نقيضه - قلنا ان المسوغ لجواز هذه النية هو عدم اعتبار العرف ، والا لكان لفظ الجارية منصرفاً الى الأمة المملوكة ، ولم يجز صرفه الى السفينة .

﴿ فائدة ﴾

في تحرير الكمال وشرحه ما خلاصته ان العرف قولي وفعلي .

اما القولي فكاطلاق الدابة على الفرس ، فهو مخصص للعام اتفاقاً .

واما الفعلي فكاطلاق اللحم على الضأن بين قوم اعتادوا اكله ، والطعام على البر كذلك ، كحرمت الطعام ، ينصرف اليه . وكالدراهم ، ينصرف الى النقد الغالب . فالعرف العملي مخصص كالقولي عند الحنفية ، خلافا للشافعية ، لاتحاد الموجب وهو تبادر المعنى الخصوصي من اطلاق اللفظ فيهما ، ولا عبرة للفرق بينهما ، بانه في العملي التخصيص بمجرد الاطلاق . وفي القولي بسبب عموم اللفظ اهـ .

المادة ٤٢ - العبرة للغالب الشائع لا للنادر

بالتأمل يظهر ان هذه المادة ينبغي ان لا تكون من جنس ما قبلها من المواد اعني ٣٦ و٣٧ و٣٨ و٤٠ و٤١ لأن تلك في حق العادة المحدثة التي تعامل الناس عليها وائتلفوها ، فصلحت ان تكون مؤيدة لقاعدة « العادة محكمة » يعلم ذلك من مراجعة شرح الجميع .

وهذه ان حملت على نسق ما قبلها ، فظاهرها وان كان لا يأبى ذلك ، الا انه تكرار بما لا يفيد .

ومن العجب اني رأيت بعض الشارحين حملها على نسق ما قبلها ، ثم في شرحه اتى مستشهداً بمسائل لادخل فيها للعادة المعبر عنها بالعرف الذي احدثه الناس وتعاملوا عليه . كقوله : ولهذا قدر الفقهآء سن البلوغ بالسنة الخامس عشرة لانها السن الذي يبلغ فيه الأولاد غالباً . فمن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لا يعتديه . ومثله ما عزاه للفقهاء من تقدير مدة الحضانة . فيقال له : هل تقدير الفقهآء لذلك مبنيٌ على عرفٍ او عادةٍ — كلاّ ، بل كلامهم هنا نقلٌ عن ائمة الاجتهاد ، مأخوذٌ من دليلٍ نقلي ، يشهد لذلك ما في البدائع من كتاب الحجر عند فصل «واما بيان ما يرفع الحجر» استدل ابو يوسف ومحمد بما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه ، انه عُرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن اربع عشرة سنة ، فرده وعرض وهو ابن خمس عشرة سنه ، فاجازه . فقد جعل خمس عشرة سنة حداً للبلوغ .

واما الحضانة فالأصل في ذلك ان عمر رضي الله عنه تعالى عنه طلق ام ابنه عاصم رضي الله عنه فلقيها ومعها الصبي ، فنازعها ، وارتفعا الى ابى بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ، فقضى ابو بكر بعاصم بن عمر رضي الله عنهما لأمه ، ما لم يشب او لتزوج . فهنا اختلف في حد ثبوته . ففى ظاهر الرواية ، حتى يأكل ويشرب ويلبس وحده . وذكر الخصاف سبع سنين او ثمان سنين — والظاهر ان التقدير بهذا السن اعتباراً للغالب . فلو بلغ هذا السن وهو لا يستطيع الأكل والشرب واللبس وحده ، هل يُفتى بالأخذ من امه ، ويقال العبرة للغالب الشائع لا للنادر ، ام يترك في حضانتها الى ان يأكل ويشرب ويلبس وحده ؟ — فعلى الأول يكون داخلا تحت هذه القاعدة ، وعلى الثاني لا .

والذي اوقع بعض الشارحين في هذا التوهم ، نظرهم بان النادر الشاذ لا يعتد به . ونحن نوضح لك ان الأولى حمل هذه المادة على معنى غير ما قبلها ، بذكر مسائل ترشدك الى ان كثيراً من مسائل الشرع ، أنيط المقصود من شرعيته بعلل مناسبةٍ للحكم . لكن تلك العلل قد تخفى ولا تدخل تحت الانضباط ، فأقيم مقامها ما يلازمها عادةً لكونه مظنة تلك العلة : كقصر الصلوة في السفر ، هو رخصة مشروعةٌ والعلة في ذلك المشقة ، لكنها لم تنضبط لاختلافها بحسب

الاشخاص والأحوال والأزمان ، اقيم السفر مقامها ، بحيث متى وجد السفر ، وجد القصر ، لأن السفر يلازم المشقة غالباً ، وتخلفها في البعض كسفر الملوك والامراء المترفهين لا عبرة له ، لأن الحكم — كما في مجمع الحقائق — يراعى في الجنس لا في الأفراد فيجوز قصر الصلوة في حقهم لأن العبرة للغالب الشائع لا النادر (اه ملخصاً من جمع الجوامع) .

كذلك نصوا على ان الممتد طهرها ، وهي المرأة التي كانت تحيض ، ثم ارتفع حيضها ولم تدخل في سن الأياس ، فلا تعتد بالأشهر ، ولا عبرة لانقطاع حيضها وذلك لأن العلة في وجوب العدة هو التوصل لظهور برآءة الرحم ، وظهوره في ذوات الحيض بحيض ثلاث ، فهي وان انقطع حيضها سنين ، لكن لما كانت مظنة الحيض لم يجعلها الشرع في حكم الآيسة والصغيرة حتى تعتد بالأشهر ، لأن انقطاع الحيض ممن تحيض نادر ، والعبرة للشائع لا للنادر — وقال مالك رضي الله تعالى عنه : « تمكث تسعة اشهر ، فان لم تحض تعتد بثلاثة اشهر » .

كذلك صرحوا بان من بلغ سفيهاً غير رشيد ، لا يسلم اليه ماله حتى يتحقق رشده ، لكن اذا بلغ خمساً وعشرين سنة ، يسلم اليه مطلقاً ، سفيهاً كان ام رشيداً ، في قول الإمام الأعظم ، وعندهما لا يدفع ما لم يتحقق منه الرشد .

فهذه المسائل يصدق عليها قاعدة ان الاعتبار للشائع الغالب لا للنادر . لكن الشائع هنا ليس من جهة انه عرف تعامل عليه الناس وائتلفوه ، بل قواعد كلية ، اتخذها الفقهاء مظاناً في انها علة للحكم ، ولم يعتبروا تخلفها في بعض الأحيان ، لكونه نادراً .

واذا عرفت الفرق بين النوعين ، تعلم خطأ بعض الشراح ، حيث استعمل الأمثلة المناسبة لأحد النوعين في الآخر .

والحاصل ان هذه القاعدة لا مانع من صرفها لمعنى العرف الشائع ، فتكون على نسق ما قبلها . او المعنى الذي ذكرته لك مؤيداً بصريح النقول . لكن الأنسب الثاني ، لأنه على المعنى الأول يكون تكراراً لما قبلها بلفظ مرادف بدون افادة جديدة — ولأنه ذكر هذه القاعدة بلفظ مطلق ، حيث قالت

« العبرة للغالب الشائع » ولم يقل « للعرف » الغالب الشائع ، فتأمل منصفاً

المادة ٤٣ – المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

أي المعروف المعتاد بين الناس ، وان لم يذكر صريحاً ، فهو بمنزلة الصريح ، لدلالة العرف عليه . تقدم ذكر في البدائع ، من كتاب الاجارة ، ان توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود ، تحمل على عادة كل بلد . حتى قالوا فيمن استأجر رجلاً يضرب له لبناً ان الزنبيل والملبن على صاحب اللبن ، وهذا على عادتهم وقالوا فيمن استؤجر على حفر قبرٍ ، ان حثي التراب عليه ، ان كان اهل البلاد يتعاملون به ، وتشريج اللبن على اللبان ، واخراج الخبز من التنور على الخباز ، لأن ذلك من تمام العمل .

وقالوا في الخياط ، ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك .

وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب انه على صاحب الثوب ، فان كان اهل بلد تعاملوا على خلاف ذلك ، فهو على ما يتعاملون .

وقالوا في الطباخ اذا استؤجر في عرسٍ ، ان اخراج المرق عليه . ولو طبخ قدراً خاصةً ، ففرغ منها ، فله الأجر ، وليس عليه من اخراج المرق شيء وهو مبني على العادة ، يختلف باختلاف العادة .

وقالوا فيمن تكاري دابةً يحمل عليها حنطة الى منزله ، فلما انتهى اليه ، اراد صاحب الحنطة ان يحمل المكاري ذلك فيدخله في منزله ، وابى المكاري ، قالوا : قال ابو حنيفة : عليه ما يفعله الناس و يتعاملون عليه . وان اراد ان يصعد الى السطح والغرفة ، فليس عليه ذلك ، الا ان يكون اشترطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت ، الا ان يشترط .

واذا تكارى دابة ، فالاكاف على صاحب الدابة ، فأما الحبال والجوالق ، فعلى ما تعارفه اهل الصنعة . وكذلك اللجام . واما السرج ، فعلى رب الدابة ، الا ان تكون سنة البلد بخلاف ذلك ، فيكون على سنتهم .

والحاصل ان المعروف عرفاً ، كالمشروط ذكراً ، عند عدم التصريح بخلافه ·
والا فالعبرة لما صرح به لا للعرف اهـ ·

ومن ذلك ما يأتي في المواد ٥٧٦ و٢٣٠ و١٣٣٩ ·

ومن هذا القبيل ما في المادة ٤٧٢ : من استعمل مال غيره من دون عقدٍ ولا تأويل ملك ، فان كان معداً للاستغلال ، يلزمه اجرة المثل ، وذلك لأن المعدّ لما كانَ معروفاً عادةً انه لا يُستعمل الا بالأجرة ، كان كالمشروط ، الاّ انه يقدر اجر المثل لعدم التصريح ببيان الأجره· انظر المادتين ٤٦١ و٤٦٢

وعلى هذا مسئلة جهاز الاب ابنته المتقدمة في شرح المادة ٤١ ·

المادة ٤٤ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

هذه المادة داخلةٌ تحت المادة السابقة · وذِكرُها من قبيل ذكر الأخص بعد الأعم اهتماماً بشأن المعاملات التجارية · فما يقع بين التجار من المعاملات التجارية ، او بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ، ينصرف عند الاطلاق الى العرف والعادة — فلو تبايع تاجران شيئاً ولم يصرحا في صلب العقد ان الثمن نقدٌ او نسيئة ، فعقد البيع وان كان مقتضاه نقد الثمن حالاً ، الا انه اذا تعارفوا على ان ذلك الشيء يؤدَّى ثمنه بعد اسبوع او شهرٍ ، لا يلزم المشتري اداء الثمن حالاً ، وينصرف الى عرفهم وعادتهم في الأجل ، لأن المعروف بينهم كالمشروط · انظر المادة ٢٥١ ·

ولا يتوهم من هذه المادة قصر العمل بالعرف في الأمور التجارية على ما يجري بين التجار فقط ، بل المراد ان كل عمل هو من نوع التجارة اذا سُكت فيه عن قيدٍ ، فالمرجع في ذلك ، العرفُ الجاري بين التجار · — فلو كان رجلان صنعتهما الزراعة ، ضاربَ احدهما الآخر ، ودفع له نقداً ليبيع ويشتري ، او عقدا شركة عنان او غيرها ، فبما ان هذا الصنيع من نوع التجارة ، فللمضارب او الشريك عند عدم التقييد بشيء ، التصرف في المال من ادانة او سفرٍ به

او ابضاع او ايداع او استئجار على حسب ما هو المتعارف بين التجار ، لأن الشركة من اعمال التجارة ، فتنعقد على عادة التجار ، وهذه الأمور من عاداتهم .

كذلك البيع ، لما كان من اعمال التجارة ، فللوكيل المطلق بالبيع كما جاء في المادة ١٤٩٨ ان يبيع مال موكله نقداً ونسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال ، وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة — لكن اذا كان الموكل صرح له بالبيع بالنقد ، او دلت عليه قرينة ، كما لو قال له بع هذا المال نقداً ، او بع مالي هذا وادِّ ديني ، فليس للوكيل ان يبيع بالنسيئة .

كذلك الشركة لما كانت من اعمال التجارة ، ويشترط فيها ان يكون راس المال من النقود ، ولا يصح ان يكون عروضاً ، فغير المسكوك من الذهب والفضة ، ان جرى العرف باستعماله كالنقود ، يصح ان يكون رأس مالٍ في الشركة ، والاّ فيكون في حكم العروض ، فلا يصح . (انظر المادة ١٣٤٠)

المادة ٤٥ – التعيين عرفاً كالتعيين بالنص

يُطلق النص لغةً على معنى الاظهار ، يقال نصَّ الشيء اظهره . ومنه منصة العروس ، لأنها تظهر عليها . والنص ايضاً هو التعيين على شيء ما مجاز عن النص بمعنى الظهور . ومنه أُخذ نص القرآن والحديث ، وهو اللفظ الدال على معنى لا يحتمل غيره اهـ ملخصاً من القاموس وشرحه تاج العروس .

هذا وقد غلب في اصطلاح الشرع على النص الشرعي ، وهو القرآن والحديث . فمن حيث اللغة بطريق من المجاز ، يطلق على كل لفظ دال على معنى لا يحتمل غيره ، فيشمل بهذا الاعتبار ما كان قرآناً او حديثاً ، وغيرهما من كلام الناس .

يعني اي حكم يترتب على التعيين بصريح النص ، يترتب على التعيين بالعرف والعادة .

فالاموال الربوية التي لا نص شرعياً في كونها كيلياً او وزنياً كالحمص والعدس ، يعتبر فيها العرف في كونها كيلياً او وزنياً عند الإمام ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، خلافاً لأبي يوسف ، كما تقدم في شرح المادة (٣٦) فتعيُّن كيلية مثل العدس والحمص او وزنيّته بالعرف ، في حكم الذي تعين نصاً بالحديث الشريف .

فمن هذا المثال يُصرف معنى النص الى النص الشرعي اعني الحديث . واما المثال الذي يصرف فيه معنى النص الى ما يخصصه المتكلم بصريح اللفظ ، فكما يأتي في المادة ٨١٦ ، اذا كانت الإعارة مطلقةً ، اي لم يقيدها المعير بزمان او مكان او بنوعٍ من انواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية في اي مكانٍ وزمانٍ شاء ، على الوجه الذي يريده . لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة . مثلاً اذا اعار رجلٌ دابةً على الوجه المذكور ، اعارةً مطلقةً ، فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء في الوقت الذي يريده . وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان ، في ساعة واحده . فان العقد وان خرج مخرج الإطلاق ، لكن كما في البدائع ، المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالةً .

ولهذا مسائل لا تحصى تجري في كثير من الأبواب الفقهية في المعاملات . انظر المواد ٥٢٧ و ٥٢٨ و١٤٩٨ .

المادة ٤٦ = اذا تعارض المقتضى والمانع يقدم المانع ، فلا يبيع الراهن الرهن لآخر ما دام في يد المرتهن

يعني كل شيء اذا تعارض عليه مانعٌ ومقتضٍ ، يقدم المانع ، ويُعمل بموجبه ، لا بالمقتضي ، لأن المانع في بعض الصور قد يكون لعلةٍ اقتضت ترجيحه على المقتضي كما سيظهر لك — وقد يكون تقديم المانع لوجود امرٍ محظورٍ يمنع من العمل بالمقتضي والحاظر مقدم لما فيه من درأ المفسدة .

وهذه القاعدة قد تجري في العبادات . ويخرج عليها منع النساء عن المساجد

لصلوة الجماعة في زماننا ، فان المانع ، وهو فساد الزمان ، يقتضى المنع . واداء الصلوة في المسجد مع الجماعة ، يقتضى الفعل ، فيقدم المانع .

والزوجة اذا كانت حائضاً ، فالأذى المنصوص عليه يقتضي المنع ، والزوجية القائمة تقتضى الاتيان ، فيقدم المانع .

وكذا لو كان احدهما او كلاهما في حالة الإحرام .

واما تعارض المانع والمقتضي في المعاملات ، فقد يكون لتعلق حق الغير ، بأن يكون احدهما مالكاً للشيء ، وللآخر حقٌ تعلق به ، كما جاء في المادة ٧٥٦ : ليس لكلٍ من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضى صاحبه . فلو باع المدبون العين المرهونة عند الدائن فالبيع صحيحٌ موقوفٌ لا ينفذ ما لم يؤده دينه ، او تلحقه اجازة المرتهن فيكون الثمن رهناً في مقام المبيع — وعلى هذا ما في المادة ٥٩٠ لو باع المؤجر المأجور بدون اذن المستأجر ، ينفذ البيع بين البائع والمشتري ، ولا ينفذ في حق المستأجر . حتى انه بعد انقضاء مدة الإجارة يلزم البيعُ في حق المستأجر ايضاً — الا ان يطلب المشتري تسلم المبيع من البائع قبل انقضاء مدة الإجارة ويفسخ القاضي البيع لعدم امكان تسليمه . وان اجاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حق كل منهم ، ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ، ما لم يصل اليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الإجارة التي كان اعطاها نقداً . ولو سلم المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك ، سقط حق حبسه . ففي هذين المثالين المرهون والمأجور ملك البائع رقبةً ، والملكية تقتضي النفاذ ، والمرتهن والمستأجر تعلق لهما حق الحبس والانتفاع ، وذلك يقتضى المنع ، وقد تعارضا فيقدم المانع .

ومن هذا ما في المادة ١١٩٢ من ان كلاً يتصرف في ملكه كيف شاء ، لكن اذا تعلق حق الغير ، يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال . كسفلٍ لرجلٍ وفوقانية لآخر ، فلصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني ، ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني بتستره من الشمس وتحفظه من المطر ، وليس لأحدهما ان يفعل شيئاً مضراً الا باذن الآخر ، ولا ان يهدم بناء نفسه لكل منهما وان كان اعتبار كونه مالكاً يقتضى التصرف كيف يشاء ، الا ان فعلق حق كلٍ بما في ملك الآخر مانعٌ فيقدم .

ومن ذلك ما في المادة ١٧٢٥ اذا عدل بعض المزكين الشهود ، وجرحهم بعضهم ، يرجح طرف الجرح ، فلا يحكم الحاكم بشهادتهم . فالتعديل يقتضي القبول، والجرح يمنع ، فيقدم المانع — والعلة هنا ليست تعلق حق الغير ، بل لأن الجرح ثبوتي ، اي بالاطلاع على وصمة في الشهود تمنع قبول الشهادة لم يطلع عليها المزكي ، والمثبت مقدمٌ على النفي .

وقد يتقدم المقتضي لكونه اقوى من المانع . ومن هذا القبيل ما في البدائع من « فصلٌ فيما يكره من البياعات » : « امرأة سبيت وفي حجرها بنتٌ صغيرة وقعتا في سهم رجلٍ واحد ، والمرأة تزعم انها بنتها ، يكره التفريق بينهما ، وان لم يثبت النسب بمجرد دعواها في سائر الاحكام ، فيقبل قولها فيما يسلك فيه طريق الاحتياط . ولو كبرت الصغيرة في يد انسان ، وقد كان وطأ الكبيرة ، ولم يعلم من المرأة المسبية ارضاع الصغيرة ، لا ينبغي له ان يقرب البنت ، وان لم يثبت نسبها منها لدعوتها ، لاحتمال انها بنتها من النسب والرضاع ، فلا يقربها احتياطاً . ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم لأن قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول . »

وقد وردت على الخاطر مسئلةٌ من فرع ذكره في البدائع ، في باب ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه : يخرج على هذه القاعدة على قول الإمام ابي حنيفة في ان الكتابة تتجزأ عنده كالعتق . وهي ما اذا كاتب رجلٌ نصف عبده ، انه جازت الكتابة في النصف وصار نصفه مكاتباً عنده ، لأن الكتابة تتجزأ عنده فصحت في ذلك النصف لا غير ، وصار في النصف الآخر مأذوناً بالتجارة ، لأن الكتابة تقتضي وجوب اداء بدل الكتابة ، ولا يمكنه الأداء الا بالاذن ، والاذن لا يتجزأ ، فصار الاذن في قدر الكتابة اذناً في الكل ، فصار مأذوناً في الكل ، ونصفه مكاتب . فان ادّى عتق نفسه ، وصار النصف الآخر مستسعى ، فان شاء اعتق، وإن شاء استسعى ، غير مشقوق عليه ، بمنزلة رجل اعتق نصف عبده ، فان اكتسب العبد مالاً قبل الأداء ، فنصفه له ونصفه للمولى في قول الإمام ابي حنيفة ، لأن نصفه مكاتب ، ونصفه رقيق . وفي قولهما النصف كله للمكاتب ، لأن كله صار مكاتباً . وما اكتسب بعد الأداء

فكله للمكاتب بالاجماع ، وليس للمولى فيه شيء .

اما على قولهما فلا يشكل لأنه حرٌ عليه دين . واما على اصل ابي حنيفة فلأن المستسعى كالمكاتب ، وكسب المكاتب له . واذا كاتب نصف عبده ثم اراد ان يحول بينه وبين الكسب ، لم يكن له ذلك ، لأن لما كاتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب ، لأنه لا يتوصل الى اداء بدل الكتابة الا بالكسب ، فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة ، ولا يفسخ الا برضاه . بخلاف العبد المأذون كله فانه يملك حجره ومنعه من الاكتساب . لأنه انما صار مأذونا بالقول ، فيصير محجوراً عليه بحجره . والأذن هنا لا يثبت بالقول ، بل بمقتضى الكتابة ، فلا يصير محجوراً عليه الا بفسخ الكتابة ، فان اراد ان يخرج من المصر فله منعه بالقياس . ولكن استحسن ان لا يتعرض له في شيء حتى يؤدي او يعجز . كذا ذكره في الأصل .

وجه القياس ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه ، فله ان يمنعه من الخروج من المصر لأجل النصف ، فيقول له : ان كان نصفك مكاتباً ، فالنصف الآخر غير مكاتب ، فلي المنع . فكان له ان يمسكه ويستخدمه كالعبد المشترك .

وجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار مأذونا بالاكتساب ، وذلك بالخروج الى الأمصار ، فلا يجوز له منعه ، وان يحول بينه وبين الاكتساب بالاستخدام . ولا يمكنه ان يخرج بالنصف دون النصف ، ويُستخدم بالنصف دون النصف . فأما ان يجعل النصف الذي هو مكاتب تبعاً للنصف الذي ليس بمكاتب ، او يجعل النصف الذي هو غير مكاتب تبعاً للنصف الذي هو مكاتب . وهذا الثاني اولى ، لأن الحرية والرق اذا اجتمعا ، غلبت الحرية الرق . وفي الكتابة شبهة من العتق لأنها نعقد للعتق في المستقبل ، وهي سبب من اسبابه اه

فهنا ، باعتبار كون نصف العبد لم يكاتب ، صار للعبد جهتان : جهة الحرية بالنصف الذي كوتب عليه ، وهي تقتضي المنع من الحجر عليه عن السفر ، وجهة الرق بالنصف الذي لم يكاتب عليه وهي تقتضي الحجر عليه عن السفر — فيجعل النصف الذي لم يكاتب عليه ، تبعاً للنصف الذي هو مكاتبٌ عليه . تغليباً للحرية على الرق ، لكون الكتابة شبهة من العتق . فقدم المانع للحجر على المقتضى له ، مع استواء حق كل من المولى والعبد فيما نعلق به . فهذا الفرع مخالفٌ في شكله

للفروع المتقدمة .

كذلك صرحوا بانه اذا اراد احد دخول ارض مملوكة لاحتشاش الكلأ فان كان يجده في مكان آخر، يمنعه صاحبها من الدخول . كالماء في الآبار . لأن الضرورة الى الماء او الكلأ المباح، يقتضي الدخول. لكن وجوده في مكان آخر لا يحوجه الى الدخول في ارض الغير بدون اذنه يقتضي المنع، فيقدم المانع .

والأب لا يحبس بدين ابنه، لأن الحق اللازم اداؤه شرعاً وان اقتضاه، لكن حق الأبوة في لزوم البر واجتناب العقوق مانع، فيقدم المانع .

المادة ٤٧ — التابع تابع فاذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجنين في البيع تبعاً

اي ما كان تابعاً لغيره في الوجود لا ينفرد بالحكم، بل يدخل في الحكم مع متبوعه . فاذا بيعت الدابة وفي بطنها حمل، يدخل في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز افراده بالبيع .

وفي الحموي «الشرب والطريق، اعني حق المرور فيه لا رقبته، يدخلان في بيع الارض تبعاً ولا ينفردان بالبيع على الاظهر»

ولا كفارة في قتل الحمل، ولا لعان بنفيه . والهبة كالبيع (اشباه)

وهذا معنى قولهم : التابع تابع، اي غير منفك عن متبوعه في الحكم

ومن هذا القبيل ما في كتاب البيوع، فيما يدخل في البيع، وما لا يدخل. وما في المادة ٢٣٠ ان كل شيء جرى في عرف البلدة على انه من مشتملات المبيع، يدخل في البيع من غير ذكر، مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ والكلار، وفي بيع حديقة زيتون تدخل اشجار الزيتون .

وكذا ما في المادة ٢٣١ : ما كان في حكم جزء من اجزاء المبيع، اي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً الى غرض المشتري، يدخل في البيع بدون ذكره، كالقفل يدخل مفتاحه، والبقرة الحلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع

وكذا توابع المبيع المتصلة المستقرة كالاقفال المسمرة والدفوف المسمرة المعدة لوضع الفرش كما في المادة ٢٣٢

والأصل في هذا ، كما في البدائع : ان كل ما ركب في الارض يدخل ، وما لم يركب فيها او ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم ، لا يدخل ·

ويدخل في هذه القاعدة ما تقدم في شرح المادة ٤٣ :ان توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود ،يحمل على عادة كل بلد · قال في الاشباه : « وخرجت عنها مسائل ، منها : يصح اعتاق الحمل دون امه ،بشرط ان تلده لأقل من ستة اشهر — ومنها : يصح افراده بالوصية » — قال الحموي هنا وفي الفتح : اما الوصية بالحمل او له ، فلا تثبت الا بعد الانفصال، فتثبت للولد لا للحمل · واما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط، فعتقه معلقٌ معنى لا صورة ، ومنه يعلم ما في كلام المصنف · اه كلامه

اقول وجه اعتراضه على صاحب الاشباه في جعله ذلك خارجاً عن القاعدة ظاهر · بيانه ان مبنى القاعدة ان التابع للشيء من حيث هو تابع لا ينفك عن المتبوع بل يدخل في حكم المتبوع بدون تصريح بذكره · وهنا صار كلٌ من اعتاق الحمل والوصية به او له عقداً مستقلاً تعلق بنفس الحمل المذكور صريحاً ، فلم يكن تابعاً ، فلا يقال هنا تابع ومتبوع — واما كون العتق للحمل والوصية به او له يصح دون البيع والهبة ، فهذا بحثٌ آخر ، لا يقتضي ان يكونا خارجين عن القاعدة لانهما ليسا من افرادها في هذه الصورة · لأن الاعتاق والوصية يغايران العقود في كثير من الاحكام ، ومن جملتها جوازهما في الحمل ، وعدم جواز البيع والهبة فيه · اما البيع ، فلنهيه صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع (زيلعي) وهو المعبر عنه ببيع الملاقيح · واما الهبة ، فلأنها لا تتم الاّ بالقبض ، بخلاف الاعتاق فانه اسقاطٌ محض ، يصح تعليقه بالشرط ، وعتق الحمل معلقٌ معنىً لا صورة — كذلك الوصية ،يعتبر وجود الموصى له من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية ، لا من وقت وجود الوصية · فعلى ظاهر الروايه تصح الوصية للمعدوم حين الوصية اذا كان موجوداً حين موت الموصي ، حتى لو اوصى لرجلٍ ببستانه حين يموت ، وليس له يوم اوصي بستان ، ثم اشترى بستاناً ومات ، صحت لأن

الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت (بدائع) وقد خطر هذا النظر للفقير قبل روئية ما في الحموي . فمن هذا يعلم ان الأمر قد اشتبه على صاحب الأشباه حيث جعل ما ذكر خارجاً عن القاعدة وليس منها — نعم ينبغي ان يذكر فرعاً في اعتاق البدائع خرج عن القاعدة ، وهو : اشترى امةً وهي حبلى من ابيه والأمة لغير الأب ، جاز الشراء و عتق ما في بطنها ، ولا تعتق الأمة ولا يجوز بيعها الا بعد الوضع . وقيد بكونها لغير الاب ، لأنها لو كانت له صارت ام ولده — فهنا قد انفك التابع بالحكم عن المتبوع .

❋ لاحقة ❋

في اصول مسلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت ما ملخصه : قالت الحنفية والحنابلة ان خطاب الله تعالى للرسول صلي الله عليه وسلم يعمّ الأمة — حجتهم ان الرسول له منصب الاقتداء به في كل شيء ، الا بدليلٍ صارفٍ يدلّ على الاختصاص به . وكل من هو كذلك يفهم من امره شمول اتباعه . واحتجوا ايضاً بقوله تعالى : (يا ايها النبي اذا طلقتم النساء — الآية) الخطاب للنبي صلى الله عليه وسلم ، والمراد هو واتباعه ، اذ التابع لا ينفك في الحكم عن المتبوع .

المادة ٤٨ — التابع لا يفرد بالحكم فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن امه

التابع هنا ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تبع لوجود متبوعه ، كالجنين في بطن الحيوان ، وكالصفة القائمة بالموصوف ، وكحق الشرب تبعاً للارض ، وكحق المرور تبعاً للطريق على الاظهر — فمن حيث تعلق الاحكام ، ينزل التابع منزلة المعدوم في عدم جواز افراده بالحكم . فلا يصح بيع الجنين في بطنه امه منفرداً ، ولا بيع حق الشرب بدون الارض ، ولا حق المرور في الطريق على الاظهر .

كذلك الصفات مثل الخبز والكتابة في العبد لما كانت تابعة للمبيع غير مستقلة بنفسها ، لا يقابلها شيء من الثمن ، حتي لو اشترى عبداً بشرط انه خباز او كاتب ،

فظهر بخلافه ، اخذه بكل الثمن او تركة (تنوير)

واعلم ان التابع على ما يقتبس من الأحكام الفقهية قد يكون غير مستقل بنفسه حقيقةً كالامثلة المتقدمة . وقد يكون له استقلال بنفسه ، لكنه عرفاً بمنزلة الجزء الحقيقي من الشيء في انه يدخل في بيعه تبعاً، كأكاف الحمار وثياب العبد والشجر في الارض ، فانها تدخل في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلها شيء من الثمن لو هلكت او سرقت قبل تسليم المبيع ، مع انها يصح افرادها بالحكم .

قال في الاشباه : « وخرجت عن هذه القاعدة مسائل ، منها يصح اعتاق الحمل دون امه بشرط ان تلده لأقل من ستة اشهر ، ومنها يصح افراده بالوصية بالشرط المذكور ، اي قبل ولادته لأقل مدة الحمل ، ومنها يصح الايصاء له ولو بحمل دابة » اه كلامه .

يقول الفقير: تقدم في شرح المادة قبلها ما خلاصته انتقاد الحموي عليه بما نقله عن الفتح ان الوصية بالحمل اوله لا تثبت الا بعد انفصال الولد . وبعد الانفصال لا يكون تابعاً بل مستقلاً بنفسه ، لما ان الوصية تمليكٌ بعد الموت ، ولهذا تصح بالمعدوم وللمعدوم . واما الاعتاق فانه تعليق بالشرط ، فاعتاق الحمل معلقٌ معنىً لا صورة ، كأنه قال : ان اتيت بولدٍ فهو حر . فالحكم في العتق والوصية لم يتعلق بالتابع ، بل بالحمل بعد انفصاله عن امه . ثم قال : ومنها الارث بشرط ولادته حياً اه — فلينظر في قوله بشرط ولادته حيا ، فان حكم الارث لم يثبت له بصفة كونه جنيناً ، بل بعد الولادة ، وهو في تلك الحالة منفصلٌ غير تابع .

وقال ايضاً : ومنها ثبوت نسب الحمل ، اي فيما لو قذف زوجته قائلاً زنيتِ وهذا الحمل من الزنا ، تلاعنا ولا ينقطع نسب الحمل قبل الولادة ، كما في الهداية . اي فقد تعلق بالحمل حكم وهو النسب ، مع وجود النافي وهو اللعان .

وفي هذا نظر: لأن نفي نسب الحمل لا يترتب على اللعان الا بعد الولادة فاذا لم ينف بعد حتى يثبت له — وايضاً السبب لنفي النسب هو اللعان ، لكن هذا الحكم له مانع ، وهو عدم الولادة . فاذا ولدته ، انتفى نسبه . وقد قال في البدائع : السبب يعمل من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع ، فكيف يقال ثبت نسبه ؟ ثم قال:

وخرج عنها ما لو قال المديون تركت الأجل او ابطلته ، او جعلت المال حالاً ، فانه يبطل الأجل كما في الخانيه وغيرها اه مع انه صفة للدين ، والصفة تابعة لموصوفها فلا تفرد بالحكم — هذا ظاهر في خروجه عن القاعدة . والعلة في ذلك ان التأجيل حقه فله ان يبطله ، اذ يغتفر في الاسقاط والابراء ما لا يغتفر في غيره . فان قلتَ : ابطال الأجل لا يكون بالقول بل بالأداء ، فان لم يؤد فاين ابطال الأجل ؟ وان ادّى ، فقد سقط الدين والأجل معاً ، فلم يكن للتابع افرادٌ بالحكم . قلنا نعم انفراد الصفة بالحكم عن الموصوف لا يُتصوَّر الا بالمطل بعد الإبطال ، ومعنى بطلان الأجل حينئذٍ انه لا حق له بالمطل ، وللدائن ان يلزمه بالاداء حالا . وقد يجاب عن بعض ما اخرجه في الأشباه ، ان يقال ان معنى الخروج في قوله : « وخرج عن هذه القاعدة الخ ... » الخروج الذي يراد بالاستثناء المنقطع . فانه قد يراد به كما في التلويح ان لا يكون داخلاً في صدر الكلام اصلاً ، وقد يراد به الدخول في صدر الكلام ، وبالاستثناء لم يخرج عن عين الحكم ، بل خالف ما قبله في ان له حكمًا آخر كقوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف) اي الجمع بين الأختين الذي سلف داخلٌ في الحرمة ، لكنه غير مخرج من حكم صدر الكلام وهو الحرمة ، لانه حرامٌ ايضاً . لكنه اثبت فيه حكما اخر وهو انه مغفور ، ويحمل الخروج هنا على المعنى الاول ، كما توضح لك .

المادة ٤٩ — من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته فاذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل اليها .

اعلم ان الأصل الذي يدخل في شراء الدار من غير ذكر ، يدخل تحت قاعدتين :

الاولى : كل ما كان في الدار من بناء وغيره يتناوله اسم المبيع عرفاً كالحجارة المخلوقة والمثبتة في الارض والدار ، لا المدفونة .

الثانية : ما كان متصلاً اتصال قرار ، وهو ما وضع لا لأن ينفصل البشر ، فيدخل الشجر لاتصاله بها اتصال قرار ، الا اليابس لأنه على شرف القلع ، ولا يدخل الزرع لأنه متصل لأن يُفصل — وفي حكم المتصل المنقول المنفصل التابع للمتصل ، كالمفتاح تبعًا للقفل ، بحيث لا يُنتفع به الا به ، فيصير في حكم الجزء ، كولد البقرة الرضيع .

وما لم يكن من القسمين ، فإن من حقوقه ومرافقه ، يدخل بذكره كالطريق والشرب للارض ، والا فلا يدخل وان ذكر الحقوق والمرافق ، الا بالتصريح بها او بقوله بكل ما فيها او منها اﻫ ملخصًا من الدر وحاشيتا رد المحتار .

وانما يدخل القسمان وان لم يذكر الحقوق والمرافق ، لأن مثل الحجارة المثبتة في الارض ، وما كان متصلا اتصال قرار ، يُعد من اجزاء المبيع ضرورةً لأن من ملك شيئًا ملك ما تحته وما فوقه . يؤيد هذا ما في المادة ١١٩٤ — اذا عرفت هذا ، فالفقرة الاولى من القاعدة واضحة صادقة واما التفريع ففيه نظر . لأن الطريق ليس من احدى القاعدتين المنقولتين عن التنوير وشرحه . بل اتفقت كافة المتون والشروح ان الطريق الموصل اليها لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق ، الا ان يراد بما في القاعدة طريقها الى سكة غير نافذة ، او الى طريق عام ، لما في الهداية من باب الحقوق : « ومن اشترى بيتًا في دار او منزلاً فيها او مسكنًا فيها ، لم يكن له الطريق ، الا ان يشتريه بكل حق او بمرافقه ، او بكل قليل وكثير . وكذا الشرب . لأنه خارج الحدود ، الا انه من التوابع فيدخل بذكرها » اﻫ قال في الفتح : « المراد الطريق الخاص في ملك انسان ، فأما طريقها الى سكة غير نافذة ، والى طريق عام ، فيدخل بدون ذكرها »

ثم ان عبارة الهداية وان كانت في شراء البيت في الدار والمسكن والمنزل ، لكن مع كونها دون الدار ، فاذا دخل في بيعها الطريق الى سكة غير نافذة ، والى طريق عام ، فدخول ذلك في بيع الدار من دون ذكر الحقوق والمرافق اولى . فتأمل .

﴿ لاحقة ﴾

١-٢

المراد بالضرورات هنا الاشياء التي تتبع شيئاً هي مثله في الدخول تحت الدلالة ، لا من طريق وضع اللفظ . كذا في العناية . اي بل بطريق ضرورة ان التناول لا يتردد فيه فكأنه ضروري — ولهذا نظائر في الاحكام الشرعية اثبتها الفقهاء ضرورةً — كما لو اشترى داراً بألف ، ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ، ولم يعلم بالبيع الأول ، فأخذها بقضاء او بغير قضاء ، ثم علم ان البيع الاول كان بألف ، ليس له ان ينقض اخذه . لأنه لما اخذها بالبيع الثاني فقد ملكها . وحق التمليك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك لا يتصور ، فسقط حقه في الشفعة بالبيع الاول ، ضرورة ثبوت الملك له .

وكما لو باع شيئاً بالخيار الى ثلاثة ايام ، ولم يوجد منه ما يسقط الخيار لا صريحاً ولا دلالةً ، كتصرفه بالمبيع تصرف الملاك ، حتى مضت الايام الثلاثة ، فانه يسقط خياره ضرورةً . لأن خياره موقتٌ بها ، والموقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية — يدرك هذا بدون دليل يدل عليه صريحاً او دلالةً .

كذلك لو قال لعبديه احدكما حرٌ فمات احدهما قبل البيان ، يتعين الآخر للعتق ضرورةَ عدم وجود المزاحم — ولو قال لآخر اعتق عبدك عني على الف درهم ، فأعتق ، فالولاء للآمر ، لان العتق يقع عنه استحساناً . وذلك لأن الأمر بالفعل امرٌ بما لا وجود للفعل بدونه ، كالأمر بصعود السطح امرٌ بنصب السلم ، والأمر بالصلاة امرٌ بالطهارة ولا وجود للعتق عن الآمر ، بدون ثبوت الملك له ، فكان امر المالك باعتاق العبد عنه بالبدل المذكور امراً بتمليكه منه بذلك ، ثم باعتاقه عنه تصحيحاً لتصرفه كأنه صرح بذلك . فقال بعه مني واعتقه عني ففعل .

وكذا لو قال لزوجتيه احداكما طالق، ثم وطأ احداهما ، فالتي لم يطأها مطلقة لأن فعله محمول على الجواز ، ولا يجوز الا بالبيان فكان الوطء بيان ان

الموطوءة منكوحة ، فتعينت الأخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم . كذلك اجازة عقد النكاح قد تثبت بالنص او بالدلالة ، وقد تثبت بالضرورة ، نحو ن يتزوج العبد بدون اذن مولاه فيعتقه ، فيكون الاعتاق اجازة . ولو اذن له النكاح بعد وقوعه ، لم يكن الاذن بالنكاح اجازة — ووجه الفرق بينهما من جهتين : الأولى لولم يجعل الاعتاق اجازة لكان لا يخلو ، اما ان يبطل النكاح الموقوف ، واما ان يبقى موقوفاً على الاجازة . لا سبيل الى الأول لان النكاح صدر من الأهل في المحل ، فلا يبطل الا بولاية من له الإبطال . ولا سبيل الى الثاني لأن العقد وجد من العبد ، فكيف يقف عقد الإنسان على اجازته — واذا بطلت هذه الاقسام ، وليس ههنا قسم آخر ، لزم ان يجعل الاعتاق اجازة ضرورةً وهذه الضرورة لم توجد في الإذن بالنكاح .

ومن الاحكام التي تثبت بالضرورة ما لو اوصى بسويق ثم لتّه بالسمن ، لأن الموصى به اتصل بما ليس بموصىً به بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما ، فثبت الرجوع ضرورة .

وكذا اذا اوصى بدار ثم بنى فيها او اوصى بقطنٍ ثم حشاه جبة .

ومن الاحكام الثابتة بالضرورة فسخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض .

ومنها ما في رد المحتار عن الفتح « يثبت الوقف بالضرورة » وصورته ان يوصي بغلّة هذه الدار للمساكين ابداً او لفلان و بعده للمساكين ابداً ، فان الدار تصير وقفاً بالضرورة ، وهي كوصية من الثلث .

واعلم ان الشيء قد يثبت ضرورة ولا يجوز ثبوته قصداً كمن وكل رجلاً ببيع عبده ، ثم عزله ، والوكيل غائب لم يعلم به ، لم يصح عزله . لكن لو باع الموكل العبد او اعتقه ، انعزل الوكيل ، علم او لم يعلم .

ومن تلك المسائل تعلم ان معنى الضرورة هنا الضرورة العقلية التي تحرك الفكر لادراك الحكم للشيء بدون ذكره . لا الضرورة بمعنى الاضطرار كما في قول الفقهاء كل ما لا يباح عند الضرورة يجوز فيه التحري ، كأكل الميتة يباح عند الضرورة ، فاذا اختلطت بمزكاة يتحرى . بخلاف الزوجة مثلاً اذا

اختلطت باجنبية ولم يميز بينهما ، لا يجوز التحري ، لعدم حلّ الزنا بحال .

المادة ٥٠ – اذا سقط الاصل سقط الفرع

هذه القاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات . فالشيء الذي يكون وجوده اصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود ، يكون ذلك فرعاً مبتنياً عليه. كالشجرة اذا ذوت ذوى ثمرها . وكالايمان بالله تعالى اصلٌ وجميع الأعمال فروعه ، فاذا سقط الايمان والعياذ بالله تعالى حبطت الأعمال ، لأن اعتبارها مبني عليه .

وقد ذكر في الاشباه هذه القاعدة مع قاعدة اخرى وهي « يسقط التابع بسقوط المتبوع » قال : وهما متقاربان — ثم ذكر بانه خرج عنها ما لو اقر شخص بانّ لزيد على عمرو كذا ، وهو كفيله ، وانكر عمرو ، لزم الكفيل دون الأصيل. اي فقد ثبت الفرع ولم يثبت الأصل ، وهذا خلاف طرد القاعدة وسيأتي الكلام على ذلك في شرح القاعدة (٨١)

ومن فروعها ما في المادة (٦٦٢) براءة الأصيل توجب براءة الكفيل . فلو ابرأ ذمة مديونه تبرأ ذمة كفيله تبعاً ، فلا حق له في مطالبة الكفيل ولو ابرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل كما في المادة (٦١) لأن الكفيل متفرع على الأصيل في الوجود ، وإلا لانقلب الفرع اصلاً ، وهذا لا يجوز .

كذلك الوكيل ينعزل بموت موكله او جنونه اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير ، فلا يبقى له حق التصرف كما في المادتين ١٥٢٧ و ١٥٣٠ بخلاف موت الوكيل او جنونه فانه لا يسقط حق تصرف الموكل فيما وكل به .

ومنها ايضاً ما في الدر المختار وغيره في باب الشهادة على الشهادة ، ما لو كان للشاهد الأصل عذرٌ فحمّل غيره شهادته بأن قال الأصل للفرع: اشهد على شهادتي بكذا ، فخرج الأصل عن اهلية الشهادة لفسقٍ او خرسٍ مثلا ، تبطل شهادة الفرع ، لأنها فرع من شهادة الأصل و بسقوط الأصل

بسقط الفرع .

ومنها ما في المادة ٢٧٨ في البيع بالثمن الحال غير المؤجل ان للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن. لكن كما في المواد ٢٨١ و ٢٨٢ و ٢٨٤ اذا سلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن ، او احال البائع انسانا بثمن المبيع وقبل المشتري الحوالة ، او ان البائع باع حالاً ثم اجل الثمن ، سقط حق حبسه للمبيع ، وعلى المشتري ان يقبض الثمن وقت حلول الأجل . فهنا لما سقط حلول الثمن ، وهو الأصل ، بسبب احد هذه الوجوه ، سقط حق حبس المبيع .

ومنها ما صرحوا به في الاكراه كالبدائع ومبسوط السرخسي وغيرهما : لو أكرهت المرأة على النكاح باقل من مهر مثلها ، جاز النكاح ، وليس للمرأة على المكره شيء من مهر مثلها ، لأن المكره ما اتلف عليها مالا ، لأن منافع البضع غير متقومة بأنفسها ، وانما تصير متقومة بالعقد ، والعقد قومها بالقدر المسمى ، فلم يوجد من المكره اتلاف مال متقوم عليها ، فلا يجب عليه الضمان ، ولا يجب الضمان على الشهود ايضاً ، لأنه لما لم يجب على المكره فلأن لا يجب على الشهود اولى — ثم ينظر : ان كان الزوج كفوءاً يقال له : ان شئت فكمل لها مهر المثل وإلا يفرق بينكما . فان فعل لزم النكاح ، وان ابى تكميل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان . لأن لها في اكمال مهر مثلها حقاً . واذا فرق بينهما قبل الدخول بها ، لا شيء على الزوج ، لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول . فهنا عقد النكاح اصل تفرع عليه وجوب مهر المثل . فاذا سقط بالتفريق ، سقط الفرع ، وهو وجوب مهر المثل .

كذلك ولي المقتول عمداً له على القاتل حق القصاص عيناً لا غير . وليس له طلب الدية بدل القصاص من القاتل بدون رضاه عندنا . اذ العفو عن القصاص الى الدية لا يكون الا بالتراضي . فلو مات من عليه القصاص قبل اجراء شيء من ذلك سقط القصاص لفوات المحل ، ولا يبقى امكان للدية عندنا . ولو لم يمت كان من الممكن التراضي عليها . فبسقوط الأصل وهو القصاص لفوات المحل ، سقط الفرع وهو الدية .

كذلك العبد اذا جنى على احدٍ خطأً ، فكُتب المذهب طافحةٌ بأن الحكم في ذلك هو الخيار للمولى ان شاء دفعه بالجناية ، وهذا هو الأصل على الصحيح كما في الدر المختار ، وان شاء فداه بأرش الجناية حالا . فلو مات العبد قبل ذلك ، سقط الأرش عن المولى لانه فرعٌ وقد سقط بسقوط الأصل .

فان قلت: الزكوة تسقط بهلاك النصاب، والدين يسقط بهلاك الرهن بقدر قيمته، فهل هذا من جزئيات هذه القاعدة بأن يقال بقاء الدين او سقوطه متفرعٌ على سلامة الرهن او هلاكه، وكذلك الزكوة وجوبًا او سقوطًا متفرعٌ على بقاء النصاب او هلاكه ؟ يقال لا ، لأنه ليس احدهما متفرعا مبتنياً على الآخر . فالدين قد يوجد بنفسه قبل الرهن ، او بلا رهن ، ووجوب الزكوة انما هو بسبب وجود النصاب ، لا بقائه . نعم شرطُ كونِ الرهن مضمونا بقاء الدين ، حتى لو ابرأ المرتهن الراهن ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك امانةً . كما ان شرط بقاء وجوب الزكوة بقاء النصاب — وبهذا يتضح لك من المادة معنى الأصل والفرع .

✵ فائدة ✵

يشبه ان يكون من هذه القاعدة وليس منها ما لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة ، بأن كان الدين ثمن مبيع اشتراه زيدٌ من عمرو ، فاحال عمرو بكراً بالثمن على زيد ، فاستحق المبيع ، تبطل الحوالة . ولو سقط عنه الدين لأمرٍ عارضٍ بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم وبعد الحوالة حتى سقط الثمن ، لا تبطل الحوالة عنه . لكن اذا ادّى الدين بعد سقوط الثمن ، يرجع بما ادى على المحيل ، لأنه قضى دينه بأمره فبطلان الحوالة في مسئلة الاستحقاق لم يكن مبتنياً على دينٍ سقط ، اذ السقوط يقتضي انه كان موجوداً ، وقد تبين بالاستحقاق انه لم يكن موجوداً في ذمته ، فلم يكن سقوط الحوالة بسقوط الدين ، بل بظهور انه لم يكن .

وهذا احد الطرق الاربعة لثبوت الاحكام ، كما في الدر المختار ، وهي :

الانقلاب ، وهو صيرورة ما ليس بعلةٍ علةً كالتعليق .

والاقتصار ، وهو ثبوت الحكم في الحال .

والاستناد وهو ثبوته في الحال مستنداً الى ما قبله ، بشرط بقاء المحل كل المدة ، كلزوم الزكوة حين الحول مستنداً لوجوب النصاب .

والتبيين، وهو ان يظهر في الحال تقدم الحكم ، كقوله ان كان زيد في الدار فأنت طالق، وتبين في الغد وجوده ، تطلق من حين القول، فتعتد منه.

ومسئلة الحوالة من هذا النوع الاخير .

المادة ٥١ — الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود

اي ذلك الساقط كالمعدوم ، لا سبيل لإعادته الا بسبب جديد يُعيد مثله لا عينه .

ثم ان ذلك الساقط الممكن اسقاطه قد يتسلط عليه الاسقاط صريحاً كابراء الدائن مديونه عن الدين كما في المادة ١٢٦٢ وقد يكون استلزاماً او اشارةً او دلالةً ، فاستخرج ذلك من الفروع الآتية : واما ما لا يمكن اسقاطه فلا يسقط بالاسقاط ، كالابراء عن الاعيان — واما اسقاط الوارث ارثه ، كأن يقول تركت حقي من الميراث ، او برئت منه او من حصتي ، فلا يصح وهو على حقه ، لأن الارث جبري لا يصح تركه .

وهذه القاعدة تجري في كثير من الابواب الفقهية . فلو باع بثمن حالٍّ فللبائع حق حبس المبيع حتى يقبض جميع الثمن . لكن لو سلمه للمشتري قبل قبض الثمن ، سقط حق حبسه ، فليس له ان يسترده من المشتري ليحبسه حتى يقبض الثمن كذا في المادة ٢٨١ .

كذلك من اشترى شيئاً قبل ان يراه اذا باعه باتاً او رهنه او آجره فبمقتضى المادة ٣٣٥ سقط خيارُه . فلو حُكم عليه بالرد بخيار عيب، او هو افتكّه من المرتهن ، او انقضت مدة الإجارة ، لا يعود خياره ، لأن الساقط لا يعود وهكذا كل خيارٍ اذا سقط بمُسقِطه الشرعي سواء كان في بيعٍ او نكاحٍ او شفعة او غيرها ، لا يعود بعد السقوط .

كذلك الصلح الذي فيه معنى الاسقاط لا المعاوضة ، كما لو صالح على اقل من جنس حقه من الدراهم او الدنانير او غيرهما من المثليات ، يعتبر استيفاء لبعض حقه وابراء عن الباقي . وكما لو صالح عن دعوى دار على نصفها يكون استيفاء لبعضها واسقاطاً وابراء عن الدعوى في باقيها — فهذا النوع من الصلح ليس لأحدهما اوكليهما نقضه ، لأن الساقط لا يعود .

واما الصلح الذي بمعنى المعاوضة ، فيجوز نقضه اذا اتفقا . كما لو ادعى انسانٌ داراً فتصالحا على ان يدفع المدعى عليه عوضاً عنها مبلغاً ، فهذا الصلح تجري فيه احكام البيع ، ويجوز لهما فسخه انظر المادة ١٥٥٨ .

كذلك اذا وهب الطالب المال او تصدق به ، سواء كان على الأصيل او الكفيل ، تسقط الكفالة و يسقط المال (بدائع في الكفالة) .

كذلك لو كان لأحدٍ حق مسيل او مرور في ارض الآخر فاسقط حقه من ذلك ، او اذن لصاحب الارض ان يحدث بناء على ذلك الممر ، سقط حقه كما في المادة ١٢٢٧ — بخلاف ما لو كان مالكاً لرقبة المسيل او الممر فقال اسقطت ملكيتي فيها ، او بنى فيها صاحب الارض باذنه ، فأن له ان يسترد رقبة الطريق ، لأن الاسقاط لا يتصور في الاعيان (انقروى عن البزازية .)

ومن فروعها ايضاً ان الورثة لو اجازوا الزائد على الثلث من وصية مورثهم سقط حقهم المتعلق بالزائد ، فلا يصح رجوعهم عن الإجازة ، لأن الساقط لا يعود .

ومثله لو ان الموصي باع الموصى به او اخرجه عن ملكه كان رجوعا ، ولو باعه ثم اشتراه لا تعود الوصية . وكذا لو رجع بالهبة (بدائع وغيرها)

ومن فروعها ان العبد المرهون لو قتله حر عمداً ، وكان الراهن والمرتهن غير متفقين على طلب القصاص بأن طلب احدهما القصاص وخالفه الآخر ، فللاشتباه في وليه هل هو الراهن لكونه المالك رقبةً ، ام المرتهن لكون ملك اليد له ، فالحاكم يحكم بعدم القصاص ، ثم بعد الحكم لو قضى الراهن الدين حتى زال حق المرتهن في الرهن ، لا يعود القصاص ، لأن الساقط لا يعود

(بدائع وغيرها) — ومنها ما صرحوا به في باب القسامة من انه لو وُجد قتيل في محلةٍ ولم يعلم قاتله ، ان القسامة والدية على اهل المحلة . فلو ان ولي القتيل ابرأ اهل المحلة ابراءً صريحًا بقوله ابرأت او عفوت او اسقطت ، صح الابراء ، او دلالةً ، كأن يدعى على احدٍ ليس من اهل المحلة ، لأن اقدامه في الدعوى يكون نفيًا للقتل عن اهل المحلة ، فيتضمن ابراءهم عن القسامة والدية ، فلا تُسمع دعواه عليهم بعد اسقاطها ، لأن الساقط لا يعود .

ومنها رجل اشترى دارًا فاسقط الشفيع شفعته ، ثم ان المشتري رد الدار بخيار رؤيةٍ او شرطٍ قبل القبض او بعده ، فأراد الشفيع ان يأخذ الدار بالشفعة بسبب الرد ، ليس له ذلك ، لأن الرد بخيار الرؤية او الشرط ليس في معنى البيع ، بل هو فسخٌ محض في حق الكل ورفع العقد من اصله ، فيعود اليه قديم ملكه ، فلم يتحقق معنى البيع ، فلا تجب بعد سقوطها . لأن الساقط لا يعود .

كذلك لو كان للدار شفيعان احدهما حاضر والآخر غائب ، فقضى القاضي بالشفعة للحاضر ، فوجد بها عيبًا فردها ، ثم قدم الغائب ، فليس له ان ياخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سواء كان الرد بالعيب بقضاء او بغير قضاء ، وسواء كان قبل القبض او بعده ، لأنه لما قضى القاضي على المشتري للحاضر بكل الدار بالشفعة ، فقد اسقط حق الغائب عن النصف ، وصار هو مقضيًا عليه بذلك النصف ضرورة القضاء على المشتري ، فسقطت شفعته في هذا النصف ، فلا يحتمل العود .

كذلك لو باع الشفيع داره التي يشفع بها بيعًا باتا بعد شراء المشتري حتى سقطت شفعته ، ثم رجعت الدار الى ملكه بعيب بقضاء او بغير قضاء او بخيار رؤية او شرط للمشتري ، فليس له ان يأخذ بالشفعة ، لأن الحق قد سقط ، فلا يعود الا بسبب جديد .

ومن فروعها ان العبد المشترك بين اثنين ، اذا اعتقه احدهما وهو موسر ، فللشريك الساكت حقٌ في اختيار تضمين المعتق نصفه ، او استسعاء العبد . ومتى اختار احدهما سقط اختيار الآخر ، فلا يصح له

الرجوع اليه ، لأنه حق سقط ، والساقط لا يعود .

ومنها لو غصب من انسان شيئاً ، فجاء آخر وغصبه منه فهلك في يده ، فالمالك بالخيار : ان شاء ضمن الأول ، وان شاء ضمن الثاني ، فان اختار تضمين الأول ، يرجع بالضمان على الثاني ، لأنه بالضمان تملّك المغصوب من وقت غصبه ، فتبين ان الثاني غصب ملكه . وان اختار تضمين الثاني ، لا يرجع على احد ، لأنه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه — ومتى اختار تضمين احدهما ، سقط حق اختيار تضمين الآخر على رواية الجامع . حتى لو اراد تضمينه بعد لم يكن له ذلك ، لأنه حق سقط ، والساقط لا يعود .

ومن فروعها ما في الدر المختار وغيره : احد الشريكين في الدين لو اجّل نصيبه عن المديون ، صح عند ابي يوسف خلافاً للطرفين — فعلى قوله اذا قبض شريكه الذي لم يؤجل نصيبه ، لم يكن للذي اخّر ان يشاركه فيما قبض ، حتى يحل دينه ، لأنه بالتأجيل اسقط حقه من القبض قبل حلول الأجل . فمتى حلّ الأجل شاركه ، غير ان الفرق بين هذا الفرع وما تقدم ان السقوط هنا موقت . وفي بعض الكتب ان قول الامام محمد مع ابي يوسف . فكان عنه روايتان كما في الشرنبلالية .

والفرق بين الغصب والكفالة حيث كان الحكم في الكفالة ان الطالب المخير في مطالبة الأصيل او الكفيل ايهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر . وفي الغاصب وغاصب الغاصب ايهما اختار مطالبته يبرأ الآخر ، هو كما في البدائع ان المضمونات في الغصب تملك عند اختيار الضمان . فاذا اختار تضمين احدهما ، فقد ملك المضمون فلا يملك الرجوع عنه . وهذا المعنى معدوم في الكفالة ، لأن اختيار الطالب مطالبة احدهما بالمضمون لا يتضمن ملك المضمون .

فان قلت كاد ان يظن التنافي بين هذه القاعدة والقاعدة ٢٤ اذا زال المانع عاد الممنوع فما الفرق بينهما حتى لا يقع التباس بين افراد احداهما بأفراد الاخرى ؟ — قلنا في تلك القاعدة الممنوع لم يسقط لكن حال بينه وبين حكمه وجود المانع ، فهو كالموجود من وراء ستار ، ينتظر زوال المانع حتى يظهر ، كالبيع بشرط الخيار ، الشرط مانع من الحكم في الحال وهو الملك . فاذا ثبت

الملك للمشتري من وقت العقد ، حتى يملك المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة كما صرحوا به ، لأن السبب وهو بعت واشتريت يعمل من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع ، فهذا تأييد لموجوديته . وكما لو اقر المريض بدين لابنه النصراني ثم اسلم لم يجز اقراره — وجهه ان السبب وهو الوراثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار ، لكن سببها قائم وهو القرابة ، الا انه لم يظهر عملها للحال لمانع ، وهو اختلاف الدين . فبزواله يعود الممنوع ، وهو عدم صحة اقرار المريض للوارث .

والحاصل ان الممنوع في حيز الموجود ، واما الساقط فمعدوم بتاتاً — وعن هذا نرى قاعدة الساقط لا يعود جارية في الحقوق المجردة كالخيارات والشفعة مثلاً ، وفي الابراء عن الدعاوي ، وفي ابراء الذمم — فان قلت : الأصل في المغصوب هو الرد على صاحبه ثم الرجوع الى ضمان القيمة بعد الهلاك ، مع انه يصح الابراء عنه حال وجود عين المغصوب ، وهو ابراء عن الاعيان ، فكيف صح هنا — قلنا : الغصب وان لم يكن سبباً حقيقياً للضمان ، لكنه لما كان في عرضة ان يصير سبباً اذا هلك المغصوب ، جعل كالسبب الحقيقي باعتبار المآل . ولهذا صحت الكفالة بقيمة المغصوب ، حال قيامه في يد الغاصب .

المادة ٥٢ — اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه

وبتعبير آخر ، بطلان المتضمِّن (بالكسر) يقتضي بطلان المتضمَّن (بالفتح)

ثم ان المتضمِّن قد يتضمن الشيء حقيقةً بأن يكون المتضمَّن من اجزاء مدلوله ، يشمله المتضمِّن في حكمه ، كما ان اللفظ الدال على معناه بالمطابقة يدل على جزئه بالتضمن — وهذا القسم من المتضمَّن يكون مصاحباً في الحكم للمتضمِّن غير متأخر عنه زماناً وان تأخر رتبةً بحيث متى اطلق المتضمِّن يشمل حكمه المتضمَّن كالصلاة متضمنة لأجزاء : فروض وواجبات وسنن وآداب ، اذا بطلت بطل جميع ما تضمنته . والمطلق مثلاً ، متضمن للمقيد ، فاذا نُسخ المطلق ، ينسخ المقيد

في ضمنه .

وقد يكون المتضمن (بالفتح) مرتبًا عليه ترتب المسبب على السبب . فاطلاق المتضمَّن والمتضمن عليهما مجازٌ لأدنى ملابسة — ويقرب من هذا النوع قولهم المبني على الفاسد فاسد .

نوضح لك المتضمن الحقيقي بمثال يتجه على قول الإمامين كما في البدائع وغيره : لو قال لزوجته طلقي نفسك واحدةً ، فطلقت نفسها ثلاثًا ، تقع واحدة عندهما . وجه قولهما انها اتت بما فوض الزوج اليها وزادت عن القدر المفوض ، فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة . كما لو قال لها طلقي نفسك واحدةً فقالت طلقت نفسي واحدةً وواحدةً وواحدةً انه يقع واحدة وتلغو الزيادة . كذا هذا . فانظر كيف اوقعا الطلقة الواحدة باعتبار ان الثلاث تتضمنها .

واما على قول الإمام ابي حنيفة فلا يقع شيء — وجهه انه لو وقعت الواحدة فلا يخلو : اما ان تقع بطريق الأصالة مقصوداً ، او تضمنًا ، او ضرورة وقوع الثلاث . لا سبيل الى الأول لأنه لم يوجد إيقاع الواحدة بطريق الأصالة ، لانعدام لفظ الواحدة ووجود لفظ آخر . ولا وجه للثاني لأنها لم تملك الثلاث ، اذ الزوج لم يملكها الثلاث ، فلا تملك ايقاع الثلاث ، فلا يقع الثلاث ، فلا تقع الواحدة ضمنًا لوقوع الثلاث . فتعذر القول بالوقوع اصلاً

ونوضح لك المتضمن الحقيقي بمثال آخر يتجه على قولهما ايضًا : لو قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثًا بألف درهم ، فطلقها واحدةً ، وقعت واحدةً رجعية بغير شيء في قوله . وقالا تقع واحدة بائنة بثلث الألف (بدائع ملخصًا)

وباثناء شرحي لهذه المادة وقع في يدي شرح العلامة علي حيدر افندي بذكر أن قول الرجل لغيره « بعتك دمي » متضمنٌ حقيقةً للاذن بالقتل . لكن لما بطل بيع الدم ، بطل ما في ضمنه وهو الاذن ، فوجب القصاص — وفيه بحثٌ : لأن الذي يظهر ان هذا المثال ليس من جزئيات القاعدة ، فلا متضمِن ولا متضمَّن ، لأن قوله بعتك دمي كلامٌ لغو لا يصح كونه حقيقةً في معنى البيع ، ولا مجازاً في الاذن . اما الأول فظاهر ، لأن الدم لا يستباح اصلاً حتى

يستعمل فيه لفظ البيع . واما الثاني ، وهو ان يكون مجازاً عن الاذن ، فكذلك لا يصح ، لأن الإذن بقتل نفسه محظور في كل حال ، فكيف يكون من لوازم هذا البيع وهو مثله في البطلان — فحيث تعذرت الحقيقة والمجاز ، كان لغواً ، فوجب القصاص .

بخلاف الإذن بقتله صريحاً ، فإنه لفظٌ مستعملٌ في معناه ، فله تأثيرٌ في منع القصاص وان كان غير مشروع ، لأنه اورث شبهةً في درأ الحد ، والحدود تدرأ بالشبهات — يؤيد ما بحثه الفقير ان « بعتك دمي بكذا » لو اعتبر انه متضمن للأذن ، لكان من اللازم الدية لا القصاص ، مثل الأذن صريحاً . ولا يمنع من ذلك بطلان الأذن المزعوم انه متضمَّن . الا ترى ان الأذن صريحاً قد منع من القصاص مع انه اذنٌ باطل ، فقد تأيد البحث بوجوب القصاص .

ويقوي به ايضاً ما في التحرير للمحقق الكمال ابن الهمام في بحث الحقيقة والمجاز ، انه بتعذر كل من الحقيقة والمجاز فيكون الكلام لغواً كقوله لزوجته الثابت نسبها من غيره « هذه بنتي » لا تحرم عليه سواء كانت اكبر منه او اصغر . لكن اذا دام على هذا الكلام فرق بينهما منعاً لظلمه بترك قربانها — وانما تعذرت الحقيقة هنا لاستحالتها اذا كانت اكبر منه سناً ، واما في الممكنة فلأنه يصح رجوعه عن هذا الكلام ، والرجوع وان لم يتحقق في الحال ، متحقق في المآل ، لأن الشرع يكذبه لما فيه من ابطال حق الغير . فالشرع يقوم مقامه في رجوعه .

واما تعذر المعنى المجازي ، فلأنَّ التحريم الذي هو المعنى المجازي لهذه بنتي لو ثبت فانما يثبت من جهة كونه حكماً للنسب ، فهذا باطلٌ لانه ثابتٌ من الغير ، او من جهة استعمال هذا اللفظ في التحريم ، فلا يصح ايضاً ، لأن التحريم ينافيه سبقُ ملك النكاح ، اذ التحريم ليس من حقوق ملك النكاح حتى يُستعمل فيه لفظ « هذه بنتي » بل الذي هو من حقوق ملك النكاح انشاء التحريم الكائن بالطلاق ، وهذا ليس لازماً للمعنى الحقيقي حتى يتجوز عنه — ثم بين التحريمين منافاة لتنافي لوازمها ، لأن احدهما وهو التحريم بحكم النسب ، ينافي محلية النكاح ، ويُثبت حرمةً لا ترتفع ، ولا يصلح ان يكون من حقوق النكاح . والآخر وهو التحريم بحكم الانشاء من حقوق النكاح ، ولا يخرج

المحل عن محلية النكاح ويرتفع برافع ، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات، فتعذر المجاز اه ·

والحاصل ان المجاز في مثل هذا اللفظ مجاز اللازمية والملزومية ، لا مجاز الاستعارة المبنية على التشبيه لعلاقة · والملازمة بين النكاح القائم ، والتحريم بحكم النسب ، منتفية · كذلك لا يصح استعماله في التحريم بحكم الانشاء ، لأن لوازمه منافية لملزومه، وبين لوازم التحريمين ايضاً مغايرة ، فتعذرت ارادة المعنى المجازى ايضاً — بحيث تعذر كل من الحقيقة والمجاز ، وقع الكلام لغواً لا يبنى عليه شيء ·

واعلم انه قد صرح في مجمع الضمانات من الباب الثاني عشر في مسائل الجنايات : رجل قال لآخر بعتك دمي بألف فقتله ، لا يجب القصاص وتجب الدية · وفي التجريد لا تجب الدية في اصح الروايتين عن ابي حنيفة وهو قولهما : وفي رواية تجب اه فتوجيه رواية وجوب القصاص التي هي اصح الروايتين عنه ، ينبغي ان تكون مبنية على تعذر الحقيقة والمجاز كما في مسئلة « هذه بنتي » فيكون لغواً ، فلا متضمن ولا متضمن — وهذا هو المناسب لقاعدة نقلها الدبوسي في كتابه تأسيس النظر، وهي ان الأصل عند ابي يوسف انه اذا لم يصح الشيء ، لم يصح ما في ضمنه · وعند ابي حنيفة يجوز ان يثبت ما في ضمنه وان لم يصح · ومحمد في اكثر مسائل هذا الأصل مع ابي حنيفة — اقول : فلو لم تكن رواية وجوب القصاص مبنية على تعذر الحقيقة والمجاز ، لحصل تناف مع هذا الأصل القاضي بثبوت الاذن المتضمن وان لم يصح المتضمن · وثبوت الاذن يستدعي عدم القصاص ، وهو مناف لأصح الروايتين عنه — ثم يتمشى دخول وجوب القصاص تحت قاعدة الجملة المذكورة على قول ابي يوسف اذا لم يصح الشيء لم يصح ما في ضمنه · فتدبر

ومن فروعها ما لو وكله ببيع عبده ، فباعه الوكيل ، ثم رُدَّ عليه بقضاء قاض ، كان له ان يبيعه ثانياً ، لأنه بالبيع الأول وان انتهت وكالته، لكن لما رد عليه بقضاء ، ارتفع العقد وبطل الأصل ، فبطل ما تضمنه وهو انتهاء الوكالة ، فله ان يبيعه ثانياً · فلو رُدَّ عليه بغير قضاء ، ليس له ان

يبيعه ثانياً الا بتجديد الوكالة ٠

ومنها العبد المكاتب لو عجز عن اداء بدل الكتابة : فادعى رجلٌ عليه ديناً ، فاصطلحا على ان يأخذ بعضه ويؤخر بعضه ، فان لم يكن عليه بينة لا يجوز ، لأنه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه ٠ واذا بطل عقد الصلح بطل ما وقع في ضمنه ٠ وان كانت عليه بينةٌ جاز ، لأنه وان عجز ، فالخصم في ديونه هو ، فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح ٠

ومنها لو صالح عن عيبٍ في المبيع ، ثم زال العيب بأن كان بياضا في عين المبيع فانجلى ، بطل الصلح و يرد ما اخذ ، لأن المعوض عنه وهي صفة السلامة قد عادت ، فيعود العوض ، فبطل الصلح فبطل اخذ العوض ٠

ومنها لو قذف زوجته بالزنا ، يجب اللعان بينهما ولا يحتمل العفو والابراء والصلح ٠ فلو صالحته قبل المرافعة على مالٍ لم يصح ، وعليها رد بدل الصلح، ولها ان تطالبه باللعان بعد ذلك — وهكذا كل صلح تحقق بطلانه ، يبطل ما في ضمنه من المعاملات الجارية بين الطرفين من ابراء وغيره ، حتى لو تنظم بذلك سند مصالحة لا حكم له ٠

ومنها ما هو مذكور في المادة ١٥٦٦ فارجع اليها ٠

ومنها لو اكره غير المسلم على ان يقر انه اسلم ، لا يحكم باسلامه ، لأن الاكراه يمنع صحة الاقرار ، واذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ٠

و يتفرع على القسم الثاني ما في الدر المختار وحاشيته رد المحتار آخرَ كتاب الصرف : كل عقدٍ مبنيٍ على عقد فاسدٍ سابقٍ فاسدٌ ٠ وهو ان يظهرا عقداً وهما لا يريدانه يلجأ اليه لخوف عدوٍ وهو ليس ببيع في الحقيقة ، بأن هزلا في اصل العقد ، ثم اتيا بعقدٍ آخر بعده ، فلا يخلو : ان اتفقا على ان العقد الثاني مبتنٍ على الأول فهو فاسد ٠ او اتفقا على الإعراض عن العقد الأول ، بأن قالا بعد البيع قد اعرضنا عن الهزل الى الجد ، فالبيع الثاني صحيحٌ والهزل باطل ٠ وان اتفقا على انهما لم يحضرهما شيء ، او اختلفا في البناء على المواضعة والاعراض عنها ، فالعقد عنه صحيح في الحالين ، خلافًا لهما — وهكذا الخلاف لو كانت التلجئة في جنس الثمن او مقداره ٠

ومنها لو ابرا المرتهن الراهن عن الدين ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن ، يهلك امانةً بغير شيء . لأن شرط كون الرهن مضمونا عند الهلاك قيام الدين، وقد سقط بالابراء فيسقط الضمان المبتنى عليه — بخلاف ما لو استوفى دينه ثم هلك قبل ان يمنعه من الراهن ، فانه يهلك بالدين ، وعليه بدل ما استوفاه استحساناً .

ومنها ان القضاء على الغائب لا يجوز بدون نائب عنه كوكيلٍ او وصيٍ او وارثٍ ، الا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصالٌ فيما وقع فيه الدعوى ، بأن كان ما يدعي على الحاضر لا يثبت عليه الا بالحكم على الغائب ، فحينئذٍ يجوز . كما لو ادعى على الحاضر ان له على فلان الغائب كذا ، وهذا كفيله بأمره ، او ادعى انه اخوه و يطلب منه نفقةً ، واقام على ذلك بينةً ، يحكم على الغائب بالدين وبأنه ابو المدعي تبعاً وضرورةً . ثم لو تبين بطلان القضاء على الحاضر ، بطل بحق الغائب ، لأن الشيء اذا بطل بطل ما في ضمنه .

ولها تسع وعشرون صورة مذكورة في رد المحتار من كتاب القضاء عند قول التنوير « ولا يقضى على غائب ولا له » فارجع اليها .

المادة ٥٢ — اذا بطل الاصل يصار الى البدل

يعني ان الذي يجب اداؤه هو الأصل ، فاذا تعذر ايفاؤه بالفوات او التفويت ، يصار الى البدل .

والاداء وهو تسليم عين الواجب يكون في حقوق الله تعالى وحقوق العباد . وينقسم كل منهما عند الأصوليين الى كامل : كصلوة الجماعة ، وقاصر : كالصلوة منفرداً — والى اداء يشبه القضاء ، كفعل اللاحق بعد فراغ الإمام ، وهو الذي التزم الأداء مع الإمام من اول التحريمة ، ثم سبقه الحدث فتوضأ واتم بقية الصلوة بعد فراغ الإمام . وكون هذا اداء يشبه القضاء مبسوطٌ في شروح المنار وغيرها فارجع اليها .

وهكذا تجري الاقسام في حقوق العباد .

فالاداء الكامل منها كرد المغصوب على الوجه الذي ورد عليه ، بدون ان يكون المغصوب مشغولاً بالجناية او بالدين ، وبدون ان يكون ناقصاً بنقصان حسي . ومثله تسليم عين المبيع الى المشتري ، وتسليم بدل الصرف والمسلم فيه اليه على الوصف لدي وقع عليه العقد .

والاداء القاصر كرد المغصوب مشغولاً بجناية كانت عند الغاصب او بالدين ، بأن غصب عبدا فارغاً ثم لحقه الدين او الجناية وهو في يد الغاصب ، لأنه اداء لا على الوصف الذي وجب عليه اداؤه — ومثله تسليم المبيع حال كونه مشغولاً بالجناية او بالدين او بالمرض — ويترتب على كون هذا اداء قاصراً انه لو هلك المغصوب او المبيع في يد المالك او المشتري بآفة سماوية ، برأت ذمة الغاصب والبائع لكونه اداء .

وان هلك في ذلك الوجه لا بآفة سماوية ، بأن قتل بسبب تلك الجناية ، او بيع بالدين ، بطل التسليم ، ورجع المغصوب منه على الغاصب بالقيمة ، والمشتري على البائع بجميع الثمن عند الإمام الأعظم ، لان الأداء كان قاصراً ، فان هلك بسبب مضاف الى مابه ، صار الاداء قاصراً جعل كأن الاداء لم يوجد ووافقه الصاحبان في المبيع اذا سلمه مديونا — واما المغصوب وقد جنى عند الغاصب ، ففي هذه الصورة يرجع عندهما بنقصان العيب ، بأن يقوّم العبد حلال الدم وحرام الدم ، فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين ، فان هذا تسليمٌ كاملٌ عندهما ، لأن العيب لا يمنع تمام التسليم .

والأداء الذي يشبه القضاء ، كما او جعل عبد غيره مهراً ، ثم سلمه بعد الشراء من مولاه ، فانه اداء حيث انها تجبر على القبول شبيهٌ بالقضاء لأنه قبل التسليم ملكه ينفذ فيه اعتاقه دون اعتاقها . ولو كان ذا رحم محرم منها لا يعتق عليها ، لأنه في معنى المثل ، اذ تبدل الملك يوجب تبدلاً في العين . ويقابل الإتيان بالاصل وهو المسمى بالأداء ، الإتيان بالخلف ويسمى قضاء ، وذلك الخلف اما ان يدرك العقل مماثلته للأصل لوجود المماثلة الصورية بان كان الأصل والخلف متحدين نوعاً : كالحنطة المغصوبة اذا استهلكها الغاصب فرد المغصوب

بعينه هو الأصل الواجب ، لكن حيث تعذر رد العين بالاستهلاك او الهلاك ، وجب رد بدلها حنطة مثلها ، والمثلية موجودة صورة ومعنى . اما صورة فظاهر ، واما معنى فلأن قيمة الشيء ، مثله في المعنى ، اذ المماثل له صورة هو القيمة في المعنى ويسمى قضاء كاملاً .

والقاصر هو ايفاء قيمة المغصوب القيمي بدلاً عنه ، وهي مثل غير معقول ، لأن العقل ربما لا يحكم بالتماثل بين المختلفين بالنوع لولا ورود الشرع . بخلاف الأول ، فان العقل يدرك المماثلة قبل ورود الشرع — وقد يكون القضاء له معنى الأداء ، وتمامه في كتب الأصول .

وهذه القاعدة يتفرع عليها كثير من المسائل مثلا : لو آجر داره سنة كل شهر بكذا ، وكان العقد في ابتداء الشهر ، تعتبر المدة بالأهلة وان نقص بعض الشهور — وان لم يكن في ابتداء الشهر ، يعتبر كل شهر ثلاثين يوماً . لأن اعتبار الأهلة هو الأصل ، لكنه لم يصادف العقد اول الهلال ، فيرجع الى اعتبار الايام .

ومنها العمل بالاستصحاب ، وهو حجة للدفع لا للاستحقاق كما تقدم بيانه في المادة (٥) و (١٠) وسيأتي في المادتين (١٦٨٣ و ١٦٩٤) فانما يصار اليه عند عدم وجود الأصل وهو البينة .

وعلى هذا تحكيم اتصال التربيع او وضع الجذوع على الحائط ، اذا تنازعا فيه ، وكلٌ يدعي انه ملكه .

ومثله الرجوع الى تعامل القوام السابقين اذا اختلف اهل الوقف في شرط الواقف ، ولم تكن بينة شرعية ولا تسجيل في ديوان القضاة .

وكذا تحكيم مهر المثل للأخذ بقول احد الزوجين ، اذا اختلفا في مقدار المهر — ومن هذا اختلاف المتبايعين في مقدار الثمن او جنسه ، وفي توجيه اليمين على المنكر ، وفي كل موضع القول فيه لأحد المتخاصمين . كل ذلك بدلٌ عن الأصل ، وهو البينات الشرعية

ج-١

﴿ فــائدة ﴾

ذكر في تأسيس النظر ان الأصل عند ائمتنا الثلاثة اذا وجدت القدرة على الأصل قبل استيفاء المقصود من البدل ، ينتقل الحكم الى الأصل . كالمعتدة بالأشهر بدلاً عن الحيض ، فلو حاضت في اثناء ذلك ، ينتقل الحكم الى الأصل .

وكالمتيمم اذا وجد الماء خلال صلوته .

والمكفر عن يمينه اذا اكفّر بالصوم بدلاً عن التحرير او الاطعام او الكسوة فوجد في اليوم الثاني والثالث ما يكفر به من طعام او كسوة او عتق ، بطل حكم الصوم . واذا وجدت بعد الاستيفاء صح ، ولا ينتقل الحكم الى الأصل ، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى اه .

يقول الفقير : الظاهر انه يطرد في حقوق الله تعالى كما مرّ من الأمثلة ، لا في حقوق العباد ، فيما له بدلٌ عن الأصل ، فانه يرجع فيها الى الأصل ولو بعد استيفاء المقصود من البدل ، لما هو منصوص في كتب المذهب كالدرر والتنوير وغيرهما ما خلاصته « لو غيب الغاصب ما غصبه وضمن قيمته القّا ، ثم ظهر وقيمته الفان ، فان كان ضمنها بقوله مع اليمين ، فللمالك الخيار : ان شاء اخذه ورد عوضه ، وان شاء امضاه » — فهنا قد انتقل الحكم الى الأصل ، اعني رد العين ، بعد استيفاء المقصود من البدل ، وهو الضمان ، رعايةً لحق العبد .

نعم لو كان الضمان بقول المالك بيمينه او ببرهانه ، او بنكول الغاصب ، فالمغصوب يكون ملكا للغاصب بالضمان ، ولا خيار للمالك ، لأنه رضي بذلك حيث ادعى هذا المقدار فقط ، فتأمل - وانما قيدنا حقوق العباد بما له بدلٌ عن الأصل لأن فيها ما ليس له بدل كتسليم عين المبيع الى المشتري فهذا أداء يلزم البائع ، فلو هلك او استهلك في يده قبل التسليم ، بطل البيع بلا خلف ، لما صرحوا به ان هلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع .

المادة ٥٤ – يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها فلو وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز ، اما لو اعطى جولقاً للبائع ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل ، كان ذلك قبضاً من المشترى .

هذه القاعدة وما في الأشباه : « يغتفر في الشيء ضمناً مالا يغتفر قصدا » وقولهم « قد يثبت الشيء ضمناً وحكماً ولا يثبت قصدا » متقاربات والمآل واحد – وانما اغتفر في ذلك لأنه قد يكون للشيء قصداً بشروطٍ مانعة ، واذا ثبت ضمنا او تبعاً لشيء آخر يكون ثبوته ضرورةً ثبوته لمتبوعه ، او ما هو في ضمنه

نظير ذلك الجنين في بطن الذبيحة . اذا كان تام الخلق ، جاز اكله عند الامامين ، لتبعيته لها في الذبح ، لأن زكوة امه زكاة له – كذلك الرمى على المسلمين للتوصل الى المقصود ، كما اذا تترس الكفار بهم ، يجوز مع انه حرامٌ قصداً (بدائع)

ولو وكل المشترى البائع في قبض المبيع المعين ، لايجوز ، لأنه عاملٌ لنفسه لوجوب التسليم عليه . فعلى هذا لو هلك المبيع ، يهلك على البائع ، ولا عبرة للوكالة لكن كما في رد المحتار لو امره ان يطحن له الحنطة المبيعة فطحنها ، او اشترى دهناً ودفع له قارورةً يزنه فوزنه فيها بحضرة المشترى او غيبته ، وكذا كل مكيل او موزن اذا دفع له الوعاء فكاله او وزنه فيه بأمره ، جاز ويكون قابضاً . فإن هلك يهلك على المشترى – قال في البدائع من كتاب البيوع : وذلك لأن المعقود عليه معين ، وقد ملكه المشتري بنفس العقد ، فصح امر المشتري ، وصار البائع وكيلاً له

واعلم ان هذا في البيع لا في السلم والقرض . قال هناك : فلو اسلم في كر حنطة ، فلما حل الأجل ، امر رب السلم المسلم اليه ان يكيله في غرائر المسلم

اليه ، او دفع اليه غرائره وامره ان يكيله فيها ففعل ، ينظر : ان كان ربّ السلم حاضراً ، يكون قابضاً بالتخلية ، وان كان غائباً لا يصير قابضاً ، لأن الحنطة التي يكيلها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم ، لأن حقه في الدين لا في العين، فلم يصح امر المشتري اياه بكيلها ، فلم يصر وكيلاً له ،فلا تصير يده يد رب السلم ، سواء كانت الغرائر للمسلم اليه او لرب السلم ، لأن يد رب السلم قد زالت عن الغرائر فاذا كال فيها الحنطة لم تصر في يد رب السلم ، فلا يصير قابضاً.

وكذا لو استقرض انسان من رجل كراً بعينه ودفع غرائره ليكيله فيها ، ففعل وهو غائب ، لا يصير قابضاً ، لأن القرض لا يملك قبل القبض ، فكان الكر على ملك المقرض ، فلم يصح امر المستقرض اياه بكيله ، فلا يصير وكيلا له ، فلا تصير يده يد المستقرض كما في السلم .

كذلك المسلم لا يجوز له تملك الخمر ولا تمليكها قصداً ، لكن قد يثبت له التملك ضمناً ، كما لو اشترى ذميّ من ذميّ خمراً او خنزيراً على انه بالخيار ثلاثة ايام ، فعلى قول الإمامين بأن المبيع يدخل في ملك المشتري اذا كان الخيار له ، لو اسلم بعد قبض المبيع لزم العقدُ ، والخمر ملكٌ له وعليه ان يخللها . فقد ثبت الملك له ضمناً ، ولا يجوز قصداً . والمسلم من اهل ان يتملكها حكماً . الا ترى انها يتملكها بالميراث .

كذلك لو اشترى شيئاً لم يره ، وقال لآخر كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته وما رأيته . فلو قال الوكيل اسقطت خيار رؤية موكلي،لا يصح اسقاطه قصداً ، لكن لو قبضه وهو يراه ، سقط خيار رؤية موكله عند الإمام الأعظم. فهنا قد سقط خيار رؤية الموكل ضمناً ، ولم يسقط قصداً . وقالا : الوكيل بالقبض كالرسول ، رؤيته لا تسقط خيار الموكل (درر).

كذلك لو حلف لا يشتري صوفاً ، فاشترى شاة على ظهرها صوف، لم يحنث ، لأن الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصدا ، فاغتفر فيه . فان دخل مقصودا يحنث .

ومنه لو حلف لا يشتري آجراً او خشباً فاشترى داراً ، لم يحنث ،لأن البناء يدخل تبعاً بدون تسمية فلم يكن مقصودا بالعقد . كذلك كل شيء ثبت دلالةً

او ضرورةً لاقصدا يغتفر فيه مالا يغتفر في القصد ، كمن وكل رجلاً ببيع عبده ثم عزله وهو غائب لم يعلم به ، لم يصح عزله ، ولو باع العبد او اعتقه انعزل الوكيل ، علم او لم يعلم .

ويجري هذا في العقود الغير اللازمة كالشركة والموالاة ، اعني كل عقدٍ يجوز لأحد المتعاقدين فسخه ، لكن يشترط علم الآخر ، الا ان يكون العزل حكميا بموتٍ او نحوه — كذلك القرض لا يصح تأجيله ، ولو وقع لا يكون لازما ، وللمقرض حق الرجوع عن التأجيل ومطالبة المستقرض ، لكن لو احاله المستقرض على آخر فأجله ، او على مديونٍ مؤجلٍ دينه ، صح ، وليس لمقرض مطالبة المحال عليه الا عند حلول الأجل ، لأن الحوالة مبرئة . فقد صح التأجيل في ضمن الحوالة (در المختار من المرابحة والتولية)

ومن فروع القاعدة ما صرحوا به في كتب المذهب كالهداية والتنوير وشروحها ان الزيادة المتولدة من اصل الرهن كالولد والثمر هي مرهونة عند ائمتنا كالأصل . وحيث كانت مرهونةً ، فهي محبوسةٌ مع الأصل بكل الدين ، ليس للراهن ان يفتك احدهما الا بقضاء الدين كله . غير انها تفارق الأصل بأنها اذا هلكت لا يكون لها حصةٌ من الضمان ، الا اذا صارت مقصودةً بالفكاك ، فيقسم الدين يوم الفكاك على قدر قيمتها ، تعتبر قيمة الأصل يوم القبض وقيمة الزيادة يوم الفكاك : رهن جاريةً قيمتها الفٌ بألف ، فاعورّت فصارت تساوي خمسمائة حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ، ثم ولدت ولدا قيمته الف ، يقسم الدين على قيمة الجارية يوم قبضها صحيحة ، وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين : فيكون في كل واحدٍ خمسمائة . ثم ما اصاب الام ، وهو النصف ، ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون ، وبقي ثلاثة ارباع الدين ، وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ، ثلثا ذلك خمسمائة في الولد ، وثلث مائتان وخمسون في الام — فهذا حكم الزيادة المتولدة من الرهن فهي وان كانت مرهونةً بحق الحبس ، الا انها لو هلكت اغتفر فيها بأنه لا حصة لها من الضمان بسبب التبعية للأصل . غير انه اذا بقيت ليوم الفكاك ، يقسم الدين على قيمتها بالوجه المشروح .

كذلك الحكم على الغائب قصداً لا يجوز عندنا ، لكن اذا كان ما يدعى على الحاضر لا يثبت عليه الا

بالحكم على الغائب يجوز تبعاً كما تقدم في شرح المادة: (٥٢)

كذلك صرحوا في كتاب السرقة لو كان المسروق المتبوع لا يوجب القطع، لكن معه تابع يوجب القطع، يغتفر في التابع، لتبعيته لما لا يوجب القطع. فلو سرق مصحفاً مرصعاً بالياقوت، لا يقطع عند الطرفين، لأن المصحف متبوع وسرقته لا توجب القطع. والياقوت وان كان لو انفرد يوجب القطع، لكن بتبعيته للمصحف اغتفر فيه، فلا قطع. كذلك غير المسلم اذا اسلم وله اولادٌ صغار حتى حكم باسلامهم تبعاً لا بيهم، ثم بلغوا غير مسلمين، يجبرون على الاسلام ولا يقتلون. لان اسلامهم كان بحكم التبعية لا بالأصالة (بدائع)

كذلك لا يجوز وقف المنقول الا اذا كان متعارفاً على ما عليه الفتوى، لكن يجوز تبعاً للعقار مطلقاً بالاتفاق كما لو وقف العقار ببقره واكرته (تنوير)

ومن ذلك سائر الحقوق المجردة كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور، لا يجوز الاعتياض عنها لذاتها، ويجوز تبعاً للارض؛

كذلك الشجر والبناء يدخلان في الشفعة تبعاً للارض، ولا شفعة فيهما بالانفراد.

قال في الأشباه: «وقريبٌ من هذه القاعدة من لا تجوز اجازته ابتداءً وتجوز انتهاءً، ومنه الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به، ويملك اجازة بيع الفضولي اياه» — وقد خرج عنها مسئلة هي عكسها: لو كفل بالقرض مؤجلاً جاز التأجيل في حق الكفيل دون الأصيل. فهنا جاز التاجيل انتهاءً ولم يجز ابتداءً.

والفاسق يجوز تقليده القضاء اذا ظن صدقه، لكن اذا قُلد عدلاً ففسق في اثناء قضائه، انعزل على المفتى به (در مختار) فقد جاز تقليده ابتداءً ولم يجز انتهاءً.

المادة ٥٥ — يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء مثال ذلك ان هبة الحصة المشاعة لا تصح ، لكن اذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق من ذلك العقار حصة شائعة ، لا تبطل الهبة في حق الباقي مع انه صار بعد الاستحقاق حصة شائعة .

وبتعبير آخر ، مالا يجوز ابتداء ، يجوز بقاء . او مالا يثبت قصداً وبالذات ، يجوز ثبوته ضمناً وتبعاً . والمآل واحد . وانما يُتسامح في البقاء مالا يتسامح في الابتداء ، لأن وجود الشيء ابتداء لايخلو من شروط ، وربما لاتبقي الى الانتهاء لانعدامها او عروض ما ينافيها ، والتزام ذلك يكون رفعاً للحكم الذي ثبت ابتداء ، و بأبقائه مع عدم الشروط او عروض المنافي يكون دفعاً ، والدفع اسهل من الرفع لأن الشرع مبنيّ على التيسير .

مثال ذلك : لو اشترك سبعة اشخاص في بُدنة للتضحية ، يُشترط اشتراكهم ايضاً في نية القربة . فلو كانت نية احدهم الذبح لأجل اللحم ، لاتصح الاضحية في حق الجميع — فعلى هذا لو اشتروا بدنة واتفقت نيتهم على انها للأضحية مثلا ، ثم مات احدهم قبل الذبح ، فذبح عنه ورثته ، جاز استحساناً لا قياساً — وجه القياس ان الاضحية عن الميت لا تجوز ، فاذا لم تجز لم تجز في حق شركائه ، لأن اراقة الدم لا تتجزأ . ووجه الاستحسان ان الموت لا يمنع التقرب عن الميت . فاذا ذبح عنه صار نصيبه للقربة ، فلا يمنع جواز ذبح الباقين . فقد جاز في البقاء ما لم يجز في الابتداء ، فكان الاغتفار في البقاء شبيهاً بقاعدة « الدفع اسهل من الرفع » اعني بقاء الموجود على ما كان قد وجد بشرطه . فهو كالاستصحاب بأبقاء ما كان على ما كان في الزمان الماضي ، مع ان الذي عرض انتهاء يخالف حكم الموجود ابتداء . فتنبه .

ومن فروعها ان بيع العبد الآبق ابتداء لايصح . وهل هو فاسدٌ ام باطل — قولان : رجح في الفتح الفساد . لكن لو طرا عليه الإباق عند البائع بعد انعقاده

صحيحاً لا يفسد ، ويغتفر في ذلك ، حتى لو عاد وسلمه تم البيع .

ومنها ان شرط صحة عقد السلم ان يكون المسلم فيه موجوداً في الأسواق من وقت العقد الى وقت الاستحقاق اي وقت حلول الأجل . فيشترط دوام الوجود لا دوام الانقطاع . فلو كان منقطعاً حين العقد ، موجوداً عند الاستحقاق ، وبالعكس ، او منقطعاً فيما بين ذلك ، لا يجوز . لكن لو انقطع بعد الاستحقاق ، اي قبل ان يوفي المسلم فيه ، لا يفسد العقد ، بل يخير رب السلم بين انتظار وجوده ، او الفسخ واخذ رأس ماله . فقد اغتفر في الانتهاء ما لا يغتفر في الابتداء .

ومنها ما في كفالة البدائع وغيره : ان الكفالة عند الإطلاق تتقيد بما هو مضمون على الأصيل ان حالاً فحال وان مؤجلاً فمؤجل . فلو كان الدين حالاً وكفل به مؤجلاً ، كان ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في ظاهر الرواية . ولو كان التأجيل بعد تمام العقد ، اختص بالكفيل دون الأصيل .

ومنها ان العبد المحجور اذا آجر نفسه ، فهذا العقد باطل . لكن اذا سلم من العمل ، فالقياس وإن كان يبطل تصرفه ، لكن في الاستحسان يصح . لأن الحكم ببطلان تصرفه نظر للمولى ، والنظر هنا في التصحيح دون الإبطال .

ومنها ، كما الفتح ، عدم جواز البيع بالحصة ابتداء ، وجوازه بها بقاء . مثال الأول ، بيع قن ضم الى حر او ميتة . والثاني بيعه مضموماً الى مدبر او نحوه ، كأم الولد — ومعنى البيع بالحصة ابتداء ان الحر والميتة ليسا بمال اصلا فلم يدخلا في العقد . ففي ابتداء العقد صار القن مبيعاً بحصة من الثمن . بخلاف المضموم الى مدبر ونحوه ، لان المدبر محل للبيع عند البعض ، فيدخل في العقد ثم يخرج ، فيكون البيع بالحصة في البقاء ، دون الابتداء .

وفائدة ذلك ، كما في رد المحتار عن ابن كمال ، تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المدبر .

ومنها ان القضاء يتخصص بالزمان والمكان كما في المادة ١٨٠١ فالحاكم المأذون بالحكم في مدة معينة ، لو حكم قبلها لا ينفذ حكمه . لكن لو اجاز ذلك الحكم في المدة المأذون فيها ، صح — ومثله الوكيل بالبيع ليس له ان يوكل : لكن لو باع فضولي ما وكل ببيعه فاجازه ، جاز .

ج — ١

ومنها ان العقود التي لا تصح في المشاع كالهبة والإجارة ، لو طرأ عليه الشيوع بعد التمام ، يغتفر فيه — اما الإجارة ، فنحو ان يؤجر نصيباً شائعاً من داره ، او نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه ، او من احد شريكيه ، لا يصح . لكن اذا كان الشيوع طارئاً ، كأن آجر كل داره فاستحق النصف ، او آجر الكل ثم فسخ في البعض ، صح فيما بقي . او آجر الشريكان في الدار لواحد فمات احدهما ، او بالعكس ، تفسد في حصة الميت ، وتبقى في حصة الحي — واما الهبة فانها لا تتم الا بالقبض الكامل . فاذا كان الموهوب حصة شائعة فما من جزء من المشاع وان دق الا وللشريك فيه ملك . فلا تصح هبته ولو من الشريك . لكن اذا كان الشيوع بعد تمام القبض ، كأن رجع في بعضها شائعاً ، صحت في الباقي ولا يفسدها .

واعلم ان الشيوع المفسد هو فيما يحتمل القسمة . واما ما لا يحتملها فتصح . كهبة حصة شائعة من حمام — وهل الاستحقاق شيوع طارىء ام مقارن ؟ مشى في الخانية والكافي والفصولين على الاول ، وقواه في الدر المختار ، معللاً بان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة ، كان مستنداً الى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً . ومشى صدر الشريعة والقهستاني على الثاني ، وكأن في المسئلة روايتين — والظاهر ان المجلة مشت على انه طارىء ، كما يفهم من المثال ومن المادة ٤٣٠

واعلم ان الشيوع في الرهن يفسده مطلقاً ، مقارناً او طارئاً . من شريكه او غيره ، لأن موجب الرهن الحبس الدائم ، وفي المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد له من المهايأة ، فيصير كأنه قال رهنتك يوماً دون يوم (هداية) — ووجه فساد الرهن من الشريك ، ان الشريك يمسكه يوماً رهناً ، ويوماً يستخدمه ، فيصير كأنه رهنه يوماً دون يوم . بخلاف اجارة المشاع ، فانها تجوز من الشريك دون غيره لأن الشريك ينتفع به بلا مهايأة في المدة كلها بحكم العقد والملك ، بخلاف غيره (رد المحتار) — ففي هذه المسئلة لم يغتفر في البقاء ايضاً كالابتداء

(دقيقة) ح-١

المانع اذا كان اصلياً اي مقارناً ، اقوى منه اذا كان طارئاً ، ولهذا يغتفر في الشيوع الطارىء دون الأصلي — وعلى هذا الإباق الطاريء في المبيع ، وجهالة الثمن الطارئة في المبيع بالحصة ، وقس على ذلك بفطنتك بقية الفروع — الا ترى انهم فرّقوا بين الجهالة الأصلية والطارئة فيما لو كان عنده زوجاتٌ متعدّدة فقال احداكنّ طالقٌ ، فماتت احداهنّ قبل البيان ، فقال اياها عنيتُ بالطلاق ، لا يُصدّق ، لأن الطلاق يقع عند البيان ، وقد فات المحل . ولو كانت الجهالة طارئة كما لو طلق واحدةً بعينها فماتت احداهن ، وقد نسي التي طلقها ، فقال عنيت التي ماتت ، يُصدّق لأن البيان في الجهالة الطارئة اظهارٌ وتعيينٌ لمن وقع عليه الطلاق . اهـ ملخصاً من البدائع في اواخر احكام العدة .

المادة ٥٦ - البقاء اسهل من الابتداء

هذه القاعدة كالدليل على حكم ماقبلها . اي انما يغتفر في البقاء ، ما لا يغتفر في الابتداء ، لأن البقاء اسهل من الابتداء . فارجع الى الفروع المتقدمة .

المادة ٥٧ — التبرع لا يتم الا بالقبض فاذا وهب لآخر شيئاً لا تتم الهبة الا بالقبض

التبرع تمليكٌ للمال مجاناً ، فيشمل الهبة والهدية والصدقة . ولكونه تمليكاً للمال ، لا يصح ان يكون متعلقاً بماله خطر الوجود والعدم ، كقدوم زيد ودخول عمرو ونحو ذلك ، ولا مضافاً الى وقت ، كملكتك هذا الشيء غداً ، او رأس شهر كذا — وهو بانواعه هبةً او هديةً او صدقةً ، لا يتم اي لا يملك الا بالقبض

لا بمجرد الركن اعني الايجاب والقبول، على ما في التنوير والدرر .

والايجاب وحده والقبول شرط ثبوت الملك ، على ما في مبسوط الامام خواهر زاده ، واليه مال اكثر الشراح . كذا في رد المحتار .

وفي حاشية الشلبي على الزيلعي قال الإتقاني : اما الايجاب والقبول ، فلأن الهبة عقد ، والعقد لا بد له من الايجاب والقبول . واما القبض ، فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى انه لا يملك قبل القبض عندنا . هذا في حق ثبوت الملك للموهوب له . اما اذا حلف وقال لايهب لفلان ، فوهب ولم يقبل ، يحنث في يمينه عندنا — وعند زفر لايحنث بلا قبول وقبض لأنه تمليك ، فلا يفيد الملك الا بالقبول كما في البيع .

ولنا ان الهبة اسم لايجاب ملك من جانب واحد ، وانه يتم بالمالك ، الا ان القبول شرط ثبوت الملك ، لاشرط وجود الهبة ، فصار كما اذا حلف لايقر له بشيء او لا يوصي له بشيء ، فأقر او اوصي ولم يقبل الآخر ، يحنث ، فكذا هنا — بخلاف البيع فانه تمليك من الجانبين ، فلا يتم الا بهما اه

اقول : وعن هذا صرح في البدائع وغيره انه يحنث عندنا استحسانا ، وان كان القياس ما قاله زفر — وجه الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول، والقبض لثبوت حكمها ، لا لوجودها في نفسها . فاذا اوجب ، فقد اتى بالهبة ، فترتب عليها الاحكام اه قال الزيلعي : دليلنا على ان الملك لايتم الا بالقبض ، قوله عليه الصلاة والسلام (لاتجوز الهبة الا مقبوضة) والمراد نفي الملك . وقول سيدنا ابي بكر الصديق لعائشة رضي الله تعالى عنها (كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة) ولو تملك قبل القبض لكان لها ذلك . ولأن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع بما تبرع به ، فيثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم ، فيصير عقد ضمان ، وهذا تغيير المشروع ، فلا يجوز ، ولأن اشتراط اصل القبض [illegible] كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع ، لاحتمال هلاكه قبل القبض ، او كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم — وهذا المعنى موجود ايضاً فيما لو وهب مشاعاً قابلاً

للقسمة وسلمه قبل القسمة ، لا يصح ولا بعد قبضاً ، لا نه لو صح لوجب عليه اجرة القسمة والمطالبة بالقسمة ، فيصير عقدُ التبرع موجباً لضمان القسمة على المتبرع ، ولمطالبته بالقسمة ، وهو خلاف موضوع الشرع . وعلى هذا المنوال الصدقة (زيلعي) وتمامه هناك .

وبناءً على ما تقدم من عدم دخول الموهوب في ملك الموهوب له قبل القبض ، صرحت المادة ٨٤٩ بانه اذا توفى الواهب او الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة والمادة ٨٦٢ بأن للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضاء الموهوب له

واعلم ان الهبة الفاسدة كما لو كان الموهوب مشغولا بملك الواهب ، كالثمر في الشجر والزرع في الأرض ، او مشاعاً لا يقسم كنصف حمام مثلاً ، هل تفيد الملك بالقبض وهل تضمن بالهلاك ؟ — في التنوير : لا تفيد الملك ، وينفذ تصرف الواهب لا الموهوب له ، وتضمن بالهلاك ، ومثله في هبة مجمع الضمانات والدرر عن الحانية . نعم ، كما في الشلبي على الزيلعي ، لو افرز بعد العقد وسلم ، جازت . لأن الفساد كان لمعنى الشيوع او الاشغال . وقد زال بعد القسمة والتسليم ، فينظر في ذلك الى حال القبض دون حال العقد .

و يبتنى على ان التبرعات لا تملك الا بالقبض لو مات مثل المؤذن او الامام ولم يستوفيا وظيفتهما السنوية من الوقف ، فعلى القول بانها صلة ، تسقط ولا يورث عنه مقدار ما باشر ، لأن الصلة لا تملك الا بالقبض . كذا في التنوير . وتعقبه في الدر نقلاً عن البغية بأنه يورث عنه ما باشره لأن له شبه الاجرة ، كما افتى به المتأخرون ، من جواز اخذ الاجرة على الطاعات في زماننا .

وفي رد المحتار عن الوسائل بخلاف الوقف على الاولاد والذرية ، فانه يعتبر فيهم وقت ظهور الغلة ، فمن مات بعد ظهورها ، ولم يبدُ صلاحها ، صار ما يستحقه لورثته ، والاّ سقط — ومثله في الأشباه من كتاب الوقف بزيادة تفصيل فارجع اليه .

❊ تنبيه ❊

لا يلتبس عليك ان الوصية من قبيل التبرعات ، مع انها تملك قبل القبض كما لو قبل الموصي له الوصية بعد موت الموصي ، يملكها وان لم يقبضها . لانها تبرعٌ بعد

الموت ، فلا يكون في ذلك الزام المتبرع بما تبرع به . لأن الملكية حصلت بعد موت المتبرع ، ولا الزام على الميت ، والورثة حقهم بعد الوصية ، فلا ملك لهم فيها . وفرقٌ بين التبرع في الحياة و بعد الموت . الا ترى ان القبول في الوصية انما يعتبر بعد الموت ، حتى لو اوصى بثلث ماله شائعاً وكان حين الحياة تسعمائة ، وعند الموت ثلاثمائة ، يستحق الموصى له من مالٍ تركه عند الموت ؟ وتجوز الوصية للحمل لا الهبة ، لتوقف صحتها على القبض . ولا تصح الوصية للوارث ولو في الصحة . و تصح الهبة له في المرض . ولا تجوز الوصية للقاتل ، وتجوز الهبة له . الى غير ذلك من الاحكام (بدائع ملخصا)

(تنبيه آخر)

لا يرد، نقضاً على القاعدة ، ما لو كان لرجلٍ على رجلٍ دينارٌ دينٌ ، فوهبه لآخر وامره بقبضه ، انه تجوز الهبة مع عدم القبض ، لأن قبضَ ما في ذمة الغير لا يُتصور . ولا وجه لتصحيحه اذا قبضه ، لأن تمام عقد الهبة بقبض ما اضيف اليه العقد ، والعقد اضيف الى الدين ، والمقبوض عين ، والعين غير الدين ، وهذا هو القياس — لكنه جاز استحسانا لأنه لما انابه في القبض مناب نفسه ، كان قبض الموهوب له كقبض الواهب ، ولو قبضه بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز ، وكذلك اذا امر ان يقبضه له ثم لنفسه — وهذا لأن المعتبر في باب الهبة ، وقتُ القبض لا العقد ، كما تقدم عن الشلبي . وعند القبض هو قابلٌ للتمليك . والمقبوض وان كان غير الدين حقيقةً ، جُعل في الحكم كأنه هو ، بدليل جواز القبض في الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيهما (مبسوط السرخسي ملخصاً) .

المادة ٥٨ — التصرف على الرعية منوطٌ بالمصلحة

اتى بصيغة المصدر المحذوفِ فاعله ليفيد التعميم لكل من يلي امراً عاماً يتعلق بالرعية ، فيشمل السلطان ومن قلده السلطان بذاته او بالواسطة ، ويشمل ايضاً الأوصياء ومتولي الأوقاف . فان جميعهم تناط تصرفاتهم العائدة لمن هم

تحت ولايتهم بالمصلحة ، اي بما فيه نفعٌ يعود اليهم . والا فتصرفهم غيرُ صحيح ولا نافذ شرعاً . وهذه قاعدة ما في الأشباه تصرف الامام على الرعية منوطٌ بالمصلحة ، لان كل من دون السلطان ولايتهم مستمدةٌ منه ، فحكمهم حكمه في اناطة تصرفهم بالمصلحة .

فعلى هذا اذا لم يكن للانسان وارثٌ بقرابةٍ او ولاء او موالاةٍ كاللقيط ونحوه ، اذا مات ، فتركته لبيت المال . فلو قتله احدٌ فوليه السلطان ، لقوله عليه الصلوة والسلام (السلطان ولي من لا ولي له) وليس للسلطان ان يعفو عنه ، لأن القصاص حق المسلمين ، بدليل ان ميراثه لهم ، والسلطان نائبٌ عنهم في اقامة الحدّ ، وفي العفو اسقاط حقهم اصلاً . ولهذا لا يملكه الأبُ والجد وان كانا يملكان استيفاء القصاص . وله ان يصالح على الدية يأخذها من القاتل او يدفعها من ماله ، ليضمها في بيت المال .

وقد روى انه لما قُتل سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، خرج الهرمزان والخنجر في يده ، فظن ابنه عبيد الله ان هذا الذي قتل اباه ، فقتله . فرفع ذلك الى سيدنا عثمان رضي الله تعالى عنه . فقال سيدنا علي لسيدنا عثمان رضي الله تعالى عنهما اقتل عبيد الله . فامتنع وقال كيف اقتل رجلاً قُتِل ابوه امس ، لا افعلُ هذا ، رجلٌ من اهل الأرض وانا وليه ، اعفو عنه واؤدي ديته من مالي اه — واراد بقوله اعفو عنه واؤدي ديته ، الصلحَ على الدية ، وللإمام ذلك (بدائع ملخصاً) .

ومن هذا ما في صلح البزازيه في اواخر « نوعٌ فيما يشترط قبضه في المجلس » : رجلٌ له عطاء في الديوان ، مات عن ابنين فاصطلحا على ان يُكتب في الديوان اسمُ احدهما ، و يأخذ العطاء هو ، والآخر لا شيء له من العطاء ، و يبذل له من كان له العطاء مالاً معلوماً ، فالصلح باطل و يرد بدل الصلح ، والعطاء للذي جعل الامامُ العطاء له . لأن الاستحقاق للعطاء باثبات الإمام لا دخل فيه لرضاء الغير وجعليه . غير ان السلطان ان منع المستحق فقد ظلم مرتين في قضيةٍ : بحرمان المستحق واثبات غير المستحق في مقامه اه وجهه ان هذا العطاء من بيت المال انما يصرف لمن يستحقه كالغزاة والمرابطين في الثغور والفقهاء ،

لا يجوز للسلطان ولا لغيره ان يجعل ذلك لمن شاء واراد ، بل ينظر في ذلك لمصلحة العامة حتى لوكان المتصالحان غير مستحقين ، يحوّل العطاء عنهما لأربابه .

بقي شيء : هل للإمام ان يزيد الفاضلَ عن المفضول في العطاء ، ام الأولى التسوية ؟ — خلاصة ما ذكره الإمام الغزالي في المستصفى فيما لو تعارضت الادلة الظنية من بحث الاجتهاد ، ان سيدنا الصديق رضي الله تعالى عنه كان يرى التسوية في العطاء ، حيث قال في السابقين الى الإسلام والجهاد من المهاجرين والأنصار (الدنيا بلاغٌ كيف وانما عملوا لله عز وجل واجورُهم على الله تعالى) عند ما قال له عمر رضي الله تعالى عنهما كيف تساوي بين الفاضل والمفضول . فكان رأى سيدنا عمر التفاوت ليكون ذلك ترغيباً في طلب الفضائل فالمعنى الذي رآه ابو بكر لم يَخْفَ على عمر ، كما ان المعنى الذي رآه عمر لم يخف على ابي بكر ، وانما الخلافُ لاختلافِ احوالهما : فمن خلق ابي بكر رضي الله تعالى عنه تجريد النظر للآخرة ، ومن خلق عمر رضي الله تعالى عنه رعايةُ مصالح الخلق وضبطهم وتحريك دواعيهم للخير اهـ — ونقل في الأشباه عن المحيط ان الرأي في ذلك للإمام من تفضيلٍ وتسوية ، من غير ان يميل في ذلك الى هوىً . الى ان قال : وذكر الزيلعي من الخراج بعد ان ذكر ان اموال بيت المال اربعة انواع قال : وعلى الإمام ان يجعل لكل نوعٍ حكماً يختص به .

ويجب على الإمام ان يتقي الله تعالى و يصرف الى كل مستحقٍ قدر حاجته من غير زيادة ، فإن قصر في ذلك كان الله عليه حسيبا اهـ .

ومن ذلك ما في وقف الخانية من باب « الرجل يجعل داره مسجداً او خانا » لو ان سلطانا اذن لقوم ان يجعلوا ارضاً من اراضي البلدة حوانيتَ موقوفةً على المسجد ، اوامرهم ان يزيدوا في مسجدهم ، قالوا ، : ان كانت البلدة فُتحت عنوة وذلك لا يضر بالمارة والناس ، ينفذ امر السلطان فيها . وان كانت فتحت صلحاً ، لا ينفذ امر السلطان ، لأن البلدة اذا فتحت عنوةً تصير ملكاً للغانمين ، واذا فتحت صلحاً تبقى على ملك ملاكها ، فلا ينفذ امر السلطان فيها اهـ — اي لأنه اغتصاب ملك الغير ، وهو ظلم ، وفعل الإمام منوطٌ بالمصلحة ، والظلم ليس بمصلحة .

ومن ذلك ما في الهندية من الباب السابع في باب العشر والخراج : السلطان اذا جعل العشر لصاحب الأرض لا يجوز ، وهـذا بلا خلاف ، وذكر شيخ الاسلام ان السلطان اذا ترك العشر على صاحب الارض ، فهو على وجهين : الأول ان يترك اغفالاً منه بأن نسي . ففي هذا الوجه كان على من عليه العشر ان يصرف قدر العشر الى الفقير . والثاني اذا تركه قصداً مع علمه به ، وانه على وجهين ايضاً: ان كان من عليه العشر غنياً ، كان له ذلك جائزةً من السلطان ، ويضمن السلطان مثل ذلك من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة . وان كان من عليه العشر فقيراً محتاجاً الى العشر ، فتركُ ذلك عليه جائزٌ وكان صدقةً عليه فيجوز ، كما لو اخذ منه ثم صرفه اليه ، كذا في الزخيرة اهـ — وجهه في الغني انه اضاعة حقٍ من بيت مال المسلمين في غير موضعه ، فلم يكن في ذلك مصلحة . ولم يظهر لي وجهٌ من قوله « ويضمن السلطان مثل ذلك من بيت مال الخراج لبيت مـال الصدقة » لأن قياس القاعدة يقتضي الضمان من ماله ، الا ان يكون ذلك لغرض سياسي لا عن ميلٍ عن هوىً ، كما تقدم نقله في الأشباه عن المحيط .

ومن ذلك ما يأتي في المادة (٩١٩) لو وقع حريقٌ في المحلة فهدم السلطان او وكيله داراً بلا اذن صاحبها لأجل انقطاع الحريق ، له ذلك ، لأن له ولايةً عامة ، فيسمح لدفع الضرر العام ، فكان في فعله مصلحة . بخلاف ما لو فعل الغيرُ ذلك بدون اذن ، فإنه يضمن (رد محتار) .

وما يأتي في المادة (١٢١٦) انه لدى الحاجة يؤخذ ملكُ كائنٍ من كان بالقيمة بأمر السلطان ، ويلحق بالطريق . لكن لا يُؤخذ ما لم يؤدَّ له الثمن — فهذا وان كان جبراً على الغير ، لكن فيه مصلحة .

وكما يأتي في المادة (١٢١٧) للسلطان ان يبيع من فضلة الطريق اذا لم يضر بالعامة ، لكن بثمن المثل ، ويضعه في بيت المال . وانما جاز ذلك لمصلحة العامة .

وعلى هذا المنوال تصرف ناظر اموال الخزينة في بيع مالها . فلو باع بغبن فاحشٍ فالبيع باطل ، كبيع مال القاصر بغبنٍ فاحش .

ومثله تصرف الولاة والقضاة والاوصياء ومتولي الاوقاف — فلو ان والياً اعطى شخصاً ارضاً متروكةً لمنافع عموم اهل البلدة ، لا يصح ، وتُعاد الى

حالتها السابقة .

كذلك القاضي ، تصرفه في اموال الأيتام والصغار والمتوهين والمجانين والأوقاف منوطٌ بالمصلحة ، فلا تصح هبته شيئاً من مالهم ، ولا بيعه بغبن فاحش ، ولا تزويج الصغير من غير الكفوء .

وفي الأشباه من شرح تلخيص الجامع : اوصى ان يُشترى بالثلث قن ويعتق ، فبان بعد الائتمار والابصاء دينٌ يحيط الثلثين ، فشراء القاضي عن الموصي كيلا يصير خصماً بالعهدة واعتاقه لغوٌ ، لتعدي الوصية ، وهي الثلث بعد الدين — قال الفارسي شارحه : واعتاقه لغوٌ لتعذر تنفيذه باعتبار الولاية العامة : لأن ولاية القاضي مقيدةٌ بالنظر ، ولم يوجد النظر ، فيلغو اه

قال محشيه الحموي على قوله « لتعذر تنفيذه باعتبار الولاية العامة » : فإن قيل اذا كان الدين محيطاً بالثلثين لا غير ، فلمَ لا يصح العتق ، ويسعى العبد فيما يبقى اليه ان بقي اه . اي لانَّ العتق اسقاطٌ وحقه ان لا يقبل الفسخ . أجيب : بأن الغاء العتق انما نشأ من كون المتصرف هو القاضي ، لكون تصرفه منوطاً بالنظر والمصلحة كما يشير اليه قوله آنفاً « كيلا يصير خصماً بالعهدة » حتى لو وقع شراء العبد واعتاقه من وصي فالظاهر نفوذ العتق واستسعاء العبد اه

يقول الفقير : قول الحموي (فالظاهر الخ .) لا وجه لقوله . فالظاهر المشعر بعدم الجزم ، بل هو المحقق ، لأن الاعتاق عقدٌ لا يحتمل الفسخ سواء وقع على كل العبد او بعضه . الا انه اذا تبين الوقوع على بعضه بسبب عدم خروجه من ثلث التركة ، يستسعى العبد وهذا صريح كتب المذهب .

✻ فائدة ✻

الاعتاق لا يحتمل الفسخ قصداً ، واما ضرورةً فيحتمله لما في البدائع من كتاب الدعوى في فصل « واما حكم تعارض الدعويين » : ولو ولدت الأمة توأمين عند مالكها فباع احد الولدين مع الأم ، ثم ادعى الولد الذي عنده ، ثبت نسبه ونسب المبيع ايضاً ، سواء كان المشتري ادعاه او اعتقه . الى ان قال : وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فاعتق احدهما ثم ادعى الآخر ، ثبت

نسبهما وينتقض العتق ضرورةَ عدم الاحتمال للانفصال في النسب · اذ من ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر ·

✵ ايضاح ✵

العهدة في قول الأشباه المتقدم : « كيلا يصير خصماً بالعهدة » هي الرجوع على القاضي او امينه · كما اذا باع عبداً للغرماء ، واخذ المال فضاع عنده ، واستحق العبد ، لم يضمن القاضي او امينه للمشتري ، وانما يرجع على الغرماء لأنهما كالإمام ، وكل منهم لا يضمن ، كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة ·

وفي القنية من كتاب البيوع ما نصه : العهدة على وصي الميت ، وعلى من جعله القاضي وصياً عن الميت · ولا كذلك اذا جعله اميناً في امور الميت · لأن وصي القاضي نائبٌ عن الميت ، وامين القاضي نائب عن القاضي ولا عهدة عليه · وهو من يقول له القاضي جعلتك اميناً في بيع هذا العبد مثلاً — وهكذا تصرفه في الاوقاف منوطٌ بالمصلحة فلو حكم بخلاف شرط الواقف مثلاً ، لا ينفذ حكمه لمخالفة الشرع القائل باتباع شرط الواقف ·

وفي الأشباه عزا للذخيرة : ان القاضي اذا قرر فرّاشاً للمسجد بغير شرط الواقف ، لم يحل للقاضي ذلك ، ولم يحل للفرّاش تناول المعلوم اه · قال وبه علم حرمة احداث الوظائف في الاوقاف بالطريق الأولى لأن المسجد مع احتياجه للفرّاش ، لم يجز تقريره ، لامكان استئجار فراشٍ بلا تقرير · فتقرير غيره من الوظائف لا يحل بالأولى اه ·

وفي الحموي قال بعض الفضلاء : بليّة احداث المرتبات حدثت سنة اثنين وتسعين وتسعمائة · جاء قاضٍ اسمه عبدالله من بلد السلطان ومدّ يده واطلق عنان قلمه ، ولم يبق وقفاً الا وقرر فيه ، الاّ ما شذّ · وجاء قاض بعده وفعل كذلك ، الا انه دونه ، ثم جاء آخر فدمر الاوقاف ·

ومن ذلك ايضاً وصي اليتيم وكذا ولي الصغير ، تصرفه منوطٌ بالمصلحة في حق اليتيم ، ولا يصح اذا كان فيه ضرر — فاذا احتال في مال اليتيم ، ان كان الثاني املأ من الأول جاز · وان مثله او ادنى لا يجوز ، كما في المادة (٦٨٥)

ج-١

واذا صالح عن دعوى اليتيم على آخر ، او دعوى لآخر عليه ، يصح ان لم يكن فيه ضرر . راجع المادة (١٥٤٠) .

المادة ٥٩ - الولاية الخاصة اقوي من الولاية العامة

الولاية من ولِي الامر يَلِيه بكسر اللام في الفعلين ، بمعنى تولاه . وهو نفاذ التصرف على الغير شاء او ابى . مثلا متولي الوقف ووصي اليتيم وولي الصغير ، ولايتهم خاصة ، وولاية القاضي بالنسبة اليهم عامة ، واعم منها ولاية إمام المسلمين — فولاية المتولي وما عطف عليه ، اقوى من ولاية القاضي وولاية القاضي اقوى من ولاية إمام المسلمين . فكلما كانت الولاية المرتبطة بشيء اخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده ، فهي اقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها في العموم فتكون الولاية العامة كأنها انفكت عما خُصصت له الولاية الخاصة ، ولم يبق لها الا الإشراف فالقوة بحسب الخصوصية لا الرتبة . فعلى هذا ليس للقاضي التصرف في امور الوقف مع وجود متوليه ، ولا التصرف في مال الصغير مع وجود وصي ولو من قبله ، ولا إنكاح الصغير او الصغيرة مع وجود ولي . الا انه اذا وجد خيانةً فله حقُّ العزل .

فان قلت : ان عقلي يستبعد كون الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة ولعل المعقول اطمأنت لجود الافكار على هذا النقل ، وكيف مثل السلطان او شيخ الاسلام مثلاً مع رجحانية الفضل وعلو الشأن ، لا ينفذ تصرفه مع وجود اقل متولٍ ووصي استمد ولايته من تلك العامة ، فلا نسلم ذلك الا ببرهانٍ عقلي

يجاب : هذه الدرجات للولاية نظيرُ النوع او الجنس المعلومين عند علماء المنطق . ان اعتبرت بالنوع ، فاسفلها اى اخصها نوع الانواع ، لا اعلاها . وان اعتبرت بالجنس ، فاعلاها اي اعمها بمنزلة جنس الأجناس ، لا اسفلها . قال في الشمسية : سلسلة الكليات انما تنتهي بالاشخاص ، وهو النوع المقيد بالشخص اي كزيد وعمرو . وفوقها الأصناف ، وهو النوع المقيد بصفات عرضية ، كالتركي

والرومي والهندي وفوقها الانواع كالانسان للرومي وغيره ، وفوقها الأجناس كالحيوان للانسان والفرس . واذا حملت كليات مترتبة على شيء واحد ، يكون حمل العالي عليه ، بواسطة حمل السافل عليه . فإن الحيوان انما يصدق على زيد المتشخص ، وعلى التركي ، اعني الصنف ، بواسطة حمل الانسان عليهما اه

اقول : وهكذا الجسم النامي ، انما يحمل على الانسان بواسطة حمل الحيوان عليه . والجسم المطلق ، انما يحمل على الحيوان بواسطة حمل الجسم النامي عليه . والجوهر ، انما يحمل على الجسم النامي بواسطة حمل الجسم المطلق عليه . فاذا كان الأعلى يحمل على الأسفل بواسطة المتوسط بينهما الذي هو اعم من الأسفل ، واخص من الأعلى ، فلا شك انه حيث اعتبر المتوسط واسطة يكون له قوة مساس بالأسفل ، اذ لولا تصور معناه في ضمن الأسفل ما صح الحمل .

كذلك هنا المتولي او الوصي ، ولايتهما اشد ارتباطاً فيما نيطت به ممن فوقهما ، فكانت الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة لهذا المعنى .

ولنوضح لك ايضاً قوة الولاية الخاصة على العامة بنظير آخر اصولي ، اعني القياس ، وهو إبانة مثل حكم الأصل المقيس عليه ، في المقيس ، وهو الفرع ، لعلة مشتركة بينهما . والعلة في الأصل تعرف بأمور كما في التوضيح وحاشيته للعلامة التفتازاني . اما بالنص صريحاً او ايماء ، او بالاجماع ، فإذ لم تكن منصوصة ولا مجمعاً عليها ، يستخرجها المجتهد بالشروط المقبولة ، وهذا اصعب معارك الاجتهاد . فالقياس من الأدلة الظنية ، يدور بين اركان ، منها العلة والحكم ، ولكل من العلة والحكم اجناس عالية وقريبة ومتوسطة — فالصلوة المكتوبة مثلاً حكم ، وهو اخص الاجناس ، فوقه جنس اعم منه وهو مطلق الصلاة ، وفوق الصلاة جنس اعم وهو العبادة . وفوق العبادة جنس اعم ، وهو الوجوب الشامل للعبادة وغيرها . وفوق الوجوب جنس اعم ، وهو مطلق الحكم الشامل الوجوب وغيره .

كذلك العلة المعبر عنها بالوصف ، قد تكون جنساً عالياً ، وقد تكون سافلا . كالولاية على الصغير ، العلة فيها العجز ، اي عجز الصغير ، وفوقها جنس أعلى وهو دفع الضرر ، فإنه اعم . وكون الهرة من الطوافات علة لطهارة سؤرها . فالعلتان هنا ، وهما العجز والطواف ، مختلفتان . لكنهما مندرجتان في جنس واحد

وهو الضرورة — والحكم في احدى الصورتين الولاية ، وفي الأخرى الطهارة ، وهما مختلفتان مندرجتان تحت جنس واحد ، وهو الحكم الذي يندفع به الضرورة فيقاس عليها المعتوه والفأرة . والقياس قد يكون باعتبار تأثير جنس الوصف في جنس الحكم ، فيما لو كانا عامين لانواع شتى . او عين الوصف في عين الحكم ، فيما لو كانا خاصين ، او عين الوصف في جنس الحكم ، او بتأثير جنس الوصف في عين الحكم — ولا شك ان الظن الحاصل باعتبار خصوص الوصف في خصوص الحكم لكثرة ما به الاشتراك ، اقوى من الظن الحاصل من اعتبار العموم في العموم . والشاهد هنا اذ الخصوص له قوة اكثرما في العموم . وتمام التحقيق باطرافه هناك .

ثم ان الولاية الخاصة اما في النكاح فقط ، او في المال فقط ، او في النكاح والمال — اما الولاية في النكاح ، فتثبت بالقرابة . والشرط وجود اصل القرابة ، لا كمالها ، وانما الكمال شرط التقدم . وهي للعصبة بنفسه ، على ترتيب الارث والحجب . فان لم يكن عصبة فالولاية للأم . ثم لأم الأب ، ثم للأخت لأب وام ، ثم للأخت لأب ، ثم لولد الأم ، ثم لذوي الأرحام العمات ثم الأخوال ثم الخالات ، ثم بنات الاعمام ، وبهذا الترتيب اولادهم ، ثم مولى الموالاة ، ثم للسلطان ، ثم لقاض نص عليه في منشوره (تنوير) .

اما الولاية في المال ، اعني حق التصرف في مال الصغير ، فللأب ثم وصيه الذي اختاره الأب حال حياته ، اي وان بعد (كذا في جامع الفصولين) ثم الجد الصحيح ، وهو الذي لا يدلي الى الصغير بأنثى ، وهو ابو الأب وان علا ، ثم وصي الجد الذي اختاره حال حياته ، ثم القاضي ، ثم من نصبه القاضي .

واما الولاية في المال والنكاح معاً ، فيجتمعان في الأب والجد الصحيح . وتنفرد الأم وبقية العصبات وذوي الارحام ، بأن لهم ولاية النكاح لا المال . وينفرد الوصي المختار ، او من نصبه القاضي ، بأن له الولاية في المال لا النكاح . واما القاضي فولايته في المال مؤخرة عن الأب والجد ، وفي النكاح مؤخرة عن الجميع .

واعلم ان الولاية في مال الصغير انما تكون للأب اذا لم يكن سفيهاً . اما السفيه ، فلا ولاية له في مال ولده (أشباه في القاعدة من الجمع بالفرق)

— وليس للأب تحريرقنه بمال وغيره ، ولا أن يهب ماله بعوض ، ولا اقراضه في الأصح (تكلة عن جامع الفصولين) وللقاضي ان يقرض مال الوقف واليتيم والغائب ، بخلاف وصي القاضي او الأب ، ليس لهما اقراضه (تكملة عن العدة)

واما القصاص ، ففي جنايات البدائع : للأب والجد ان يستوفي قصاصاً وجب للصغير في النفس وفيما دون النفس ، لأن هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية الإنكاح ، فتثبت لمن كان مختصاً بكمال النظر والمصلحة في حق الصغير . واماالوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس ، بأن قتل شخص عبداً ليتيم ، لأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير ، لقصور في الشفقة الباعثة عليه ، بخلاف الأب والجد . وله ان يستوفي القصاص فيما دون النفس ، لأن ما دون النفس ، يسلك به مسلك الاموال ، وللولي استيفاء المال — لكن في الحموي عن الأشباه قالوا : القياس ان لا يملك الوصي التصرف في الطرف ، كما لا يملكه في النفس . وفي الاستحسان يملكه ، لأن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال . ولهذا تعتبر فيه المساواة في البدل ، ويقضي عليه بالنكول عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى ، كما في الاموال . وعلله ايضاً في مبسوط السرخسي بأن الوصي ولايته قاصرة على المال دون النفس ، والقصاص في النفس ليس بمال حقيقة ولا حكماً ، فيكون الوصي في استيفائه كأجنبي آخر ، كما في التزويج ، وهذا لأن القصاص في النفس عقوبة تندرىء بالشبهات ، فالمستحق به محل هو مصون عن الابتذال من كل وجه ، وفي ولاية الوصي شبهة القصور ، فلا يتمكن به من استيفاء ما يندرىء بالشبهات ، بخلاف الأب والجد ، وبخلاف القصاص في الطرف ، لأنه لا يندرىء بكل شبهة . ولهذا اجاز ابو حنيفة رحمه الله تعالى فيه القضاء بالنكول ، فإن المستحق به غير مصون عن الابتذال ، فيمكن الوصي الاستيفاء مع قصور ولايته .

وليس للوصي ان يصالح عن القصاص في النفس على الدية في رواية هذا الكتاب . وقال في الجامع الصغير في الديات : للوصي ان يصالح من النفس على الدية — وجه هذه الرواية انه لا يملك استيفاء القَوَدَ بولايته ، وانما يملك الإسقاط بعوض من يكون متمكناً من الاستيفاء . ووجه الرواية الأخرى ان في الصلح اكتساب

المال للصبي ، والوصي منصوب لاكتساب المال ، بخلاف استيفاء القود فهو ليس من اكتساب المال في شيء

وكما سمعت ، ان الاب والجد لها ان يستوفيا قصاصاً وجب للصغير . كذلك القاضي له ذلك ، كما علم من المادة (٥٨) قبلها . وليس للوصي ذلك مع ان ولايته خاصة ، وولاية القاضي عامة ، والقاعدة تقتضي ان يكون الامر بالعكس . لكن شذ عنها هذا الفرع للعلل المتقدمة عن البدائع والمبسوط .

المادة ٦٠ — اعمال الكلام اولى من اهماله . يعني لا يهمل الكلام ما امكن حمله على معنى .

اي استعماله في معنىً يناسبه ، اولى من اهماله ، اي عده لغواً .

تقدم في المادة (١٢) ان الأصل في الكلام الحقيقة . وذكرنا هناك ما يغني عن الإعادة . وهذه المادة تصرح بان اعمال الكلام اولى من اهماله . وهي اوسع نطاقاً من المادة السابقة . لأن مآل السابقة ان الكلام الصادر من العاقل يحمل على الحقيقة ما امكن ، فاذا تعذرت ، يصار الى المجاز لتصحيح كلامه . ولم يذكر ما لو تعذر المجاز ايضاً ومآل هذه المادة ، ان العاقل يصان كلامه عن الالغاء ما امكن ، بان ينظر الى الوجه المقتضى لتصحيح كلامه ، فيرجح ، سواء كان بالحمل على المجاز او بغيره ، الا عند عدم الامكان ، فيلغى .

مثال ما هو من فروع المادة السابقة : لو حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً ، واكل من ثمرها او جمارها او طلعها او بسرها او الدبس الذي يخرج من رطبها ، يحنث ، لأن النخلة لا يتأتي اكل عينها ، فحمل على ما يتولد منها كما قدمناه عن البدائع — وكذا لو حلف لا يأكل من هذا القدر ، يحمل على ما يطبخ فيه .

ومثال ما هو من فروع هذه المادة ، ولم يوجد امكانٌ للحمل على الحقيقة او المجاز ، لو قال لزوجته الثابت نسبها من غيره « هذه بنتي » لا تحرم عليه سواء كانت

اكبر منه سناً او اصغر . فهنا لما تعذر كل من الحقيقة والمجاز ، وقع لغواً . اما تعذر الحقيقة ، فلاستحالتها اذا كانت اكبر منه سناً — وان اصغر ، فلأن اشتهار ثبوت النسب من الغير . يمنع ثبوته منه حق الغير ، لعدم اعتبار الاقرار على الغير . ولا يثبت في حق نفسه لتكذيب القاضي اياه في هذا الاقرار ، لكونه اقراراً بالحرمة المؤبدة على الغير ، وهي المرأة ، لأنها تحرم عليه به ، فقام تكذيبه مقام الرجوع ، اذ تكذيب الشرع ليس بأدنى من تكذيب نفسه ، والرجوع عن الاقرار بالنسب صحيح ، فلم يثبت —

واما تعذر كونه مجازاً عن الطلاق المحرِّم (بكسر الراء) فلأن الحرمة فيه تقتضي ثبوت النكاح ومحليته ، وبينها وبين الحرمة الثابتة بالبنتية منافاة ، لأن الحرمة بالبنتية مؤبدة ومنافية للنكاح وللمحلية ، فلا يجوز استعارة « هذه بنتي » للطلاق الذي هو من حقوق النكاح ، لأن هذا ليس لازماً للمعنى الحقيقي حتى يتجوز فيه . (راجع شرح التحرير من الحقيقة والمجاز عند قوله : وقد يتعذر كل من الحقيقة والمجاز)

وهذا بخلاف ما لو قال لمملوكه المعروف النسب من الغير « هذا ابني » فإنه يعتق عند الإمام الأعظم ، وان كان اكبر منه سناً — والفرق ان في مسئلة الزوجة نفي النكاح لأجل النسب ، والنسب لم يثبت ، فلا ينتفي النكاح .

واما ثبوت العتق فلا يتوقف على ثبوت النسب — الا ترى الى ما صرحوا به انه لو قال لامته « هذه بنتي » تعتق ، وان كانت معروفة النسب من الغير .

ومثال ما هو من فروعها مع وجود الامكان — ولهذا وجد الخلاف — ما في اقرار البدائع : له علي الف ثمن خمر او خنزير ، لزمه الألف ، ولا يقبل تفسيره عند الإمام الاعظم . وعندهما لا يلزمه شيء . وجه قولهما ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم ، لأنه ثمن خمر او خنزير ، وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره اصلاً . وجه قوله ان له علي الف اقرار بالف واجب في ذمته وقوله ثمن خمر او خنزير ابطال لما اقر به ، لأن ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير ، فكان رجوعا ، فلا يصح اﻫ (بدائع) — فانظر في دقة نظر الإمام لأن في حمل قوله من ثمن خمر او خنزير على الرجوع اعمالُ الكلام ، وهو اولى

من اهماله اه .

وبتوجيه اخر يقال : قوله من ثمن خمر او خنزير لا تصح فيه ارادة المعنى الحقيقي لأنه معنىً باطل مثل بعتك دمي ، ولا ان يكون مستعاراً عما يشابهه لأنه مثله في البطلان ، فكان لغواً .

وقد لا يمكن اعمال كلام العاقل لأمر خارج ليس الا ، بقطع النظر عن تعذر حقيقة او مجاز . ففي الأشباه عن الخانية : رجلٌ له امرأتان فقال لإحداها انت طالق اربعاً ، فقالت الثلاث تكفيني ، فقال الزوج اوقعت الزيادة على فلانة ، لا يقع على الأخرى شيء اه — فقوله اوقعت الزيادة على فلانة لغوٌ من جهة الشرع ، لأن عدد الطلاق محصورٌ في ثلاث ، فلا امكان لتصحيح كلامه . ومن هذا القبيل : له عليّ مائة الا مائة ، لزمه مائة ، ولا امكان لتصحيح هذا الاستثناء ، لإطباقهم على عدم جواز استثناء الكل من الكل ، فيكون رجوعاً ، فلا يجوز .

ومنه اللفظ المشترك اذا لم توجد قرينةٌ ترجح احد معنييه على الآخر ، كما لو اوصى لمواليه ، وله معتق (بالكسر) ومعتق (بالفتح) ولا قرينةَ ترجح ، بطلت الوصية ، لا لتعذر الحقيقة والمجاز ، بل لعدم امكان اعمال الكلام مع التردد . فلو لم يكن له معتق (بالكسر) وله عتقاء وعتقاء عتقاء ، انصرفت الوصية الى مواليه الذين اعتقهم ، لأنهم الحقيقة .

وقد يوجد امكانٌ للإعمال والإهمال ، لكن يترجح الإعمال . ففي طلاق المبسوط : وان قال فلانة طالق ، وذلك اسم امرأته ، طلقت امرأته ، ولا يصدق على صرف الطلاق عنها . لأن كلامه ايقاعٌ ، وله ولاية الإيقاع على زوجته ، وقد بينا ان كلام العاقل محمولٌ على الصحة ، فتعينت زوجته اه — بيانه ان هذا الكلام قابلٌ لأن يُستعمل في الإنشاء والإخبار . ولو حُمل على الإخبار لصح ، لأنه يخبر ان فلانة طالق ، والأمر على ما اخبره فلا تطلق زوجته . ولو حُمل على الإنشاء لم يصح طلاقه في الأجنبية ، لأنها لا تحتمل الإنشاء لعدم النكاح ، فكان حمله على الإنشاء اولى .

وما يتفرع على هذه القاعدة ما في الأشباه عن الطحاوي : لو جمع بين من يقع

الطلاق عليهـا ومن لا يقع ، وقال احداكما طالق ، ففي الخانية : ولو جمع بين منكوحته ورجل ، وقال احداكما طالق ، لا يقع الطلاق على امرأته ، الى آخر ما ذكره في الأشباه . اقول : خلاصة ما في الأشباه - وما هو صريح كتب المذهب - يدخل تحت اصل يضبط تلك الفروع وهو ان المضموم الى الزوجة في قوله « احداكما طالق » إمّا ان يكون في غاية البعد عن الزوجة في عدم المجانسة كالبهيمة والحجر ، او لا يكون في هذه الدرجة بأن يكون صالحاً لمحلية الطلاق في الجملة كالمرأة الأجنبية وذات النكاح الفاسد ، والمرأة الميتة ، لكون هولاء من جنس من يحتمل الطلاق ، وكالرجل يتصف بالطلاق ، وهو ازالة الوصلة ، وهي مشتركة بينه و بين المرأة . ولهذا لو قال لامرأته انا منك بائن ونوى الطلاق ، يصح . ففي الأول يقع الطلاق ، وفي الثاني لا ، لوقوع الشك في ايقاعه على المنكوحة ، دون الأول ، عملاً بتصحيح كلام العاقل بقدر الامكان لوجود المرجح .

بقي ههنا شيء : وهو انه ذكر في الأشباه ، عند هذا الموضوع : لو جمع بين امرأته واجنبية وقال احداكما طالق (بالجملة الإسمية) لا تطلق . ولو قال طلقت احداكما ، طلقت امرأته . وقد استشكل الحموي في الفرق بينهما - اقول : ولعل الفرق ان في صورة الجملة الفعلية ، اسند المتكلم الطلاق الى نفسه ، فتمحضت للانشاء . والعاقل لا ينشيء فعله الا في محل قابل لايقاعه ، وهو الزوجة . راجع شرح التحرير في بحث عند بيان الفرق بين قوله « من شاء من عبيدي عتقه فهو حر » وقوله « من شاء من عبيدي عتقه فأعتقه » - واظن انه لو اتى بفعل مجهول وقال طلقت احداكما كان في حكم الجملة الإسمية ، كما لا يخفى على المتأمل .

❋ فـائدة ❋

ما نقله صاحب الأشباه من فروع القاعدة عن الطحاوي يرجع الى ضابط ذكره في تأسيس النظر . وهو ان الأصل عند ابى حنيفة ان من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وما لا يتعلق به الحكم ، فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم ، خلافاً لهما - و بنى عليها فروعاً ، منها ، قال لفلان عليّ الف درهم ولهذا الحائط ، لزمه الألف كلها عند ابي حنيفة ، لأن الكلام لم يتناول الحائط . وعندهما يلزم النصف

ومنها : اذا قال لعبده ولبهيمة «احدهما حر» او قال هذا العبد او هـذه الدابة حر، عتق العبد عنده : نوى او لم ينو، وعندهما لا يعتق ما لم ينو اهـ .

ثم ومن قبيل عدم امكان اعمال كلام العاقل لأمرٍ آخر غير تعذر الحقيقـة والمجاز، ما في عتق البدائع : لو قال لعبديه احدكما حرٌ بغير شيء ، ثم قال احدكما حرٌ بألف درهم، فالكلام الثاني لغوٌ، لأن احدهما عتق بالايجاب الأول لوجود تنجيز العتق في احدهما، فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد، فيبطل .

وقد يكون اعمال كلام العاقل واهماله كفتي ميزان، لوجود داعٍ لكل منهما يستدعي ترجيحه على الآخر، فيحتاج فيه الى نظرٍ دقيق . وذلك كما في مسئلةٍ وقع فيها الخلاف بين الإمام وصاحبيه، نص عليها في البدائع، وهي : لو قال العبد المكاتب كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر، او قال كل مملوك اشتريه فهو حر، فعتق فملك بعد ذلك عبداً، او اشترى عبداً، لا يعتق عنـده، وعندهما يعتق — وجه قولهما ان قوله «املكه فيما استقبل» يتناول كل ما يملكه الى آخر عمره، فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر، ولأن في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه، وفي الحمل على الحال ابطاله، فكان الحمل على الاستقبال اولى . ووجه قول الإمام الأعظم، ان للمكاتب نوع ملكٍ ضروري ينسب اليه في حالة الرق وفي حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق . الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم (من باع عبداً وله مال — الحديث) اضاف المال اليه بلام الملك، فدل ان له من نوعَ ملك فهو مراد بهذا الإيجاب بالاجماع، بدليل انه لو قال «ان ملكت هذا العبد بعينه في المستقبل فهو حر» فملكه في حال الكتابة، فباعـه ثم اشتراه بعد ما صار حراً، لا يعتق، وتنحل اليمين بالشراء الأول، لأن الملك المجازي مرادٌ فخرجت الحقيقة عن الارادة، كي لا يؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد .

فالإمام الأعظم ابطل كلامه فيما يشتريه او يتملكه بعد العتق، وجعل الفعل للحال لصحة اسناد التملك والشراء اليه حال الكتابة في الجملة، وصححه فيما يكون حال الكتابة . فاذا صح هذا، لا يجوز صرفه لما بعد عتقه في المستقبل، كيلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز .

وهما بالعكس اعملا كلامه فيما يكون بعد العتق ، وحملاه على محض الحقيقة وهو التملك والشراء في المستقبل اي بعد العتق ، وجعلا ذلك اولى ، لتصحيح كلام العاقل .

وعلى هذا لو قال المكاتب « ان اشتريت هذا العبد فهو حر » او « ان اشتريت هذه الشاة فهي هديٌ » لم يلزمه ذلك في قوله ، وقالا يلزمه ، لأن من اصل ابي حنيفة ان العبد يضاف اليه الشراء في الحال ، وان كان بمنزلة المجاز ، بمقابلة الشراء بعد الحرية ، والمجاز مرادٌ فلا تكون الحقيقة مرادةً . ومن اصلهما ان هذا يتناول ما يستقبل من الشراء في عمره ، وتصحيح اليمين اولى من ابطالها .

❋ مسئلة ❋

ذكر الفاضل علي حيدر افندي في شرحه ان اللفظ اذا اعمل ودار الأمر بين عمله على التأسيس او التأكيد ، فالتأسيس اولى . وهو كذلك . لكن علله بأن في التأكيد اهمال اللفظ عما وضع له في الجملة . وهذا التعليل غير مسلّم . لأن حمل اللفظ او الكلام الثاني على معنى الأول في التأكيد ، او على معنى جديدٍ في التأسيس ، قد يكون باعتبار حقيقته ، وقد يكون باعتبار مجازه في الجهتين ، فهذا منوطٌ بمواضيع الكلام ليس الا . فلا وجه لكون التأكيد خاصةً يقتضي تغيير اللفظ عن وضعه في الجملة . انما العلة القادحة في الاولوية عند عدم قرينةٍ مرجحة هي تجدد معنىً آخر في التأسيس لا التأكيد وما اتى به من المثالين منظورٌ فيه :

اما المثال الأول ، وهو ما لو كتب صكاً واشهد عليه بدون بيان السبب ، ثم كتب صكاً آخر واشهد عليه ايضاً بدون بيان السبب ، انما لزمه المالان ، لأن تحرير الصكين بمنزلة اختلاف السبب كما في المادة (١٦٢٧) وفي التنوير وشرحه الدر المختار من الاقرار

واما المثال الثاني ، وهو ما لو قال لزوجته المدخول بها انت طالق طالق طالق ، انما وقع الثلاث ، لأن في دعواه التأكيد تخفيفاً عليه ، فلا يصدق لأنه رجوع ا فتدبر .

ج - ١

المادة ٦١ - اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

لأن المجاز خلف عن الحقيقة اي فرعٌ لها بمعنى ان الحقيقة هي الأصل الراجح المقدم في الاعتبار ، وانما الخلاف بين الإمام وصاحبيه في جهة الخلفية فعنده خلف في التكلم ، وعندهما في الحكم ، ودليل كلٍّ مسطورٌ في محله — فحيث كان المجاز خلفاً ، فإن امكنتا ولم يوجد مرجحٌ تتعين الحقيقة . فيتعين الوطء — وهو المعنى الحقيقي عندنا — للنكاح ، دون المعنى المجازى — وهو العقد — من قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم) فتحرم مزنية الأب على فروعه بهذا النص . واما حرمة المعقود له عليها عقداً صحيحاً فبالاجماع .

ولكون الحقيقة هي الأصل متى امكنت ، لو قال لعبدٍ له يولد مثله لمثله معروفِ النسب من الغير « هذا ابني » عتق وامه ام ولده ، فيصدق في حق نفسه لا في ابطال نسبه من الغير (تحرير) .

وقد تقدم في المادة (١٢) عند بيان الحقيقة والمجاز ، ان اللفظ المستعمل في معناه المجازي لا بد فيه من قرينة مانعة عن ارادة المعنى الحقيقي . فمن جملة القرائن ، تعذر الحقيقي - فلو وقف على ولده ، فإن كان له ولد صلبي يصرف اليه ، لأنه الحقيقة ، وإلاّ فلولد ولده — وهو المجاز — لتعذر الحقيقة .

ومن التعذر - كما في التحرير - ما لو حلف لا يأكل من هذه القدر ، فلما يحلها ، تجوزاً باسم المحل عن الحالّ .

وقد يكون التعذر شرعياً لا عقلياً كالنكاح ، فإنه لغةً حقيقةٌ في الوطء مجازٌ في العقد ، كما تقدم — فلو قال لأجنبية « ان نكحتك فكذا » ينصرف الى المجاز — وهو العقد — دون الوطء لحرمة وطء الأجنبية . ولو قال هذا لزوجته ، يُحمل على المعنى الحقيقي وهو الوطء حتى لو ابانها ثم تزوجها لا يحنث ، ما لم يطأها .

وكالتوكيل بالخصومة ، المعنى الحقيقي مهجورٌ شرعاً ، لأن الخصومة هي

المنازعة ، وهي حرام بقوله تعالى (ولا تنازعوا) والمهجور شرعاً كالمهجور عادة ، لأن العقل والدين مانعان من الإقدام عليه فيحمل على المجاز ، وهو الجواب مطلقاً اقراراً كان او انكاراً ، لأنها سببه . فكان اطلاقاً لاسم السبب على المسبب ، او المقيد على المطلق . راجع المادتين ١٥١٧ و ١٥١٨ .

ومثله لو حلف لينكحن اجنبية يحمل على المجاز — وهو العقد — ولا يحنث بالزنا الا بنية المعنى الحقيقي ، وهو الوطء .

وقد تتعذر الحقيقة بكونها مهجورة في عرف الناس ، كما لو حلف لا يأكل من هذا الدقيق ، فعلى ما يتخذ منه كالخبز والعصيدة ، ولا يحنث بأكل عينه (نسفي على المنار) قال هناك : ويصير ذلك الهجران بمنزلة الاستثناء ، وهذا لأن المستثنى غير مراد في الكلام فصار المهجور، من حيث هو خارج عن الارادة ، كأنه استثناه من كلامه ، حتى لا يحنث لو حلف لا يسكن هذه الدار وانتقل اي باشر الانتقال من ساعته ، وان وجد السكنى حقيقة ، لأن ذلك المقدار من السكنى مستثنى من هذه اليمين ، لعلمنا ان الحالف انما يمنع نفسه بيمينه عما في وسعه ، دون ما ليس في وسعه ، لأن ما ليس في وسعه ممنوع فلا يمنع نفسه عنه باليمين التي شرعت للمنع . فصار هذا القدر من السكنى خارجاً بدليل في الحالف ، فكأنه قال لا اسكن هذه الدار الا زمان الانتقال .

ومن المهجور عادة ما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان ، يحمل على مطلق الدخول ، حافياً او منتعلاً او راكباً ، فهو من باب عموم المجاز . حتى لو وضع قدمه في الدار وهو خارج البيت لا يحنث ، لأن المعنى الحقيقي مهجور عادة .

واعلم ان المتعسر حكمه كالمتعذر في اصطلاح الفقهاء . مثاله : لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة ، وكانت مما لا يؤكل عينها كقصب السكر ، ينظر : فان كان لها ثمر كالنخلة ، فعلى ما يخرج من المأكول بلا كثير صنع كطلعها وبسرها وجمارها لا ناطفها ونبيذها، لأن ما توقف على الصنع ليس مما خرج مطلقاً ، فيكون تجوزاً باسم السبب — وهو الشجرة — عن المسبب — وهو الخارج . وان لم يكن لها ثمر فلثمنها . فيحنث بأكل ما اشتراه به ، حتى لو تكلف الأكل من عينها لا يحنث .

تتمة

ينقسم كل من الحقيقة والمجاز ، باعتبار ظهور المراد وتبادره عند الاطلاق لغلبة استعماله ، وباعتبار عدمه ، الى صريح يثبت حكمه الشرعي بلا بينة ، والى كناية ، وهي عند الاصوليين ما استتر المراد منه في نفسه ، لا يثبت حكمه الشرعي الا ببينة او ما يقوم مقامها .

فمن اقسام الصريح الظاهرُ والنص والمفسر والمحكم والمشترك اذا اشتهر في احد معنييه ، وكذا المجاز اذا غلب استعماله وهُجرت حقيقته ، فهو صريحٌ بالاتفاق — ومع عدم هجرها هو صريح عنده لا عندهما .

ومن اقسام الكناية الخفيُّ والمشكل والمجاز غير المشتهر . فلو اراد التكلم بلفظ « سبحان الله » او « اسقني الماء » مثلاً ، وجرى على لسانه غلطاً « انت حر » او « انت طالق » ثبت العتق والطلاق بدون النية ، لأنه صريح — ولو صرف الصريح قصداً لغير معناه ، بأن قال انت طالق ، ونوى من وثاق مثلا ، يثبت الطلاق قضاء لا ديانةً (تحرير ملخصاً) قال : ومقتضى النظر ثبوته قضاء لا ديانةً في الغلط ايضاً اه .

تنبيه

الكناية هنا هي المقابلة للصريح ، وهي كما علمت تكون في الحقيقة والمجاز . واما الألفاظ المذكورة في الطلاق ، وهي المعبر عنها بكنايات الطلاق ، فإن المراد بها الألفاظ التي لم توضع للطلاق ، بل تحتمله وغيره (رد محتار) — وعن هذا قال في التحرير : اضافتها الى الطلاق مجازية ، ووجه المجازية ان المفهوم من كنايات الطلاق انها كنايةٌ عنه ، وليس كذلك ، وإلا وقع الطلاق بها رجعياً مطلقاً ، وليس كذلك ، بل بعضها رجعي .

فائدة

الحكمة في ان النية لها اعتبارٌ في الديانة دون القضاء ، ما اورده في المستصفى ، وهو ان الحكم لله تعالى على الاطلاق في املاك العباد وفي احكام الشرع . وقد

حكم جل وعلا في املاك العباد بأن علق احكامها حصولاً وزوالا بالألفاظ دون الارادات المجردة . واما احكام الشرع فثبوتها ليس معلقاً بالألفاظ ، بل بكل ما دل على رضي الشارع وارادته من قرينةٍ ودلالةٍ ، وان لم يكن لفظاً ، بدليل انه لو باع مال تاجرٍ بمشهد منه بأضعاف ثمنه ، فاستبشر وظهر اثر الفرح عليه ، اي ولم يصدر منه فعلٌ ينوب عن اللفظ كقبض الثمن وطلبه ، لم ينفذ البيع ، الاّ بتلفظه بإذنٍ سابقٍ او اجازةٍ لاحقةٍ عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى . بخلاف احكام الشرع ، فانه لو جرى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلٌ فسكت عليه ، دل سكونه على رضاه ، وثبت الحكم به . بل ضيّق الشرع تصرفات العباد حتى لم تحصل احكامها بكل لفظ ، بل ببعض الألفاظ ، فقد اوقع الطلاق بلفظ العتق ، ولم يوقع العتق بلفظ الطلاق . وصحح عقد الاجارة بلفظ آجرتك الدار ، مع تضمنه بيع المنافع ، ولم يصححها بلفظ بعتك منافعها ، كما نصوا عليه في الإجارة — فعلم من هذا ان النية لها تأثير ديانةً لا قضاء — فإن قلت : قد وجد في بعض المواضع ان النية كما لها تأثيرٌ ديانةً لها تأثيرٌ قضاءً ، فيما لو اضاف التحريم الى الأنواع كلها بقوله « كل حلال عليّ حرام » ففي البدائع هذا اللفظ ان لم تحضره نيةٌ يصرف للطعام والشراب . وان نوى شيئاً بعينه دون غيره ، بأن نوى الطعام خاصةً او الشراب خاصةً او اللباس خاصةً او امرأته خاصةً ، فهو على ما نوى ديانةً وقضاءً . فيكون هذا نقضاً على ما اورده في المستصفى — الجواب :

قال هناك في بحث الإيلاء ، فإن اضاف التحريم الى الأنواع كلها بأن قال (كل حلال علي حرام) فان لم تكن له نية ، فهو على الطعام والشراب خاصةً استحسانا . والقياس ان يحنث عقيب كلامه ، وهو قول زفر . وجه القياس ان اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال . وكما فرغ عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه ، فيحنث . ووجه الاستحسان ان هذا عامٌ لا يمكن العمل بعمومه لأنه لا يمكن حمله على كل مباح من فتحِ عينه وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاته وسكناته المباحة ، لأنه لا يمكنه الامتناع عنه ، والعاقل لا يقصد بيمينه منع نفسه عمالا يمكنه الامتناع عنه ، فلم يمكن العمل بعموم هذا اللفظ ، فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة ، لأن هذا اللفظ مستعمل

فيهما في العرف . ونظيره قوله تعالى (لا يستوى اصحاب النار واصحاب الجنة) انه لما لم يمكن العمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم والكافر في اشياء كثيرة ، حمل على الخصوص وهو نفي المساواة في العمل في الدنيا ، او في الجزاء في الآخرة . كذا هذا — فان نوى مع ذلك اللباس او امرأته فالتحريم واقع على جميع ذلك ، واي شيء من ذلك فعل وحده لزمته الكفارة ، لأن اللفظ صالح لتناول كل المباحات وانما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف ، فاذا نوى شيئاً زائداً على المتعارف ، فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه فيقبل قوله . فإذا نوى شيئاً بعينه دون غيره بأن نوى الطعام خاصةً او الشراب خاصةً او امرأته خاصةً فهو على ما نوى قضاءً وديانةً ، لما ذكرنا ان هذا اللفظ متروك العمل بظاهر عمومه ، ومثله يحمل على الخصوص . فاذا قال اردت واحداً بعينه دون غيره ، فقد ترك ظاهر لفظٍ هو متروك الظاهر ، فلم يوجد منه العدول ، فيصدق . وان قال « كل حل على حرام » ونوى امرأته كان عليها وعلى الطعام والشراب ، لأن الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر اللفظ ولم ينفهما بنيته فبقيا داخلين تحت اللفظ بخلاف الفصل الأول ، لأنه هناك نوى امرأته خاصة ، ونفي الطعام والشراب بنيته ، فلم يدخلا . وههنا لم ينف الطعام والشراب بنيته ، وقد دخلا تحت اللفظ ، فبقيا كذلك ، ما لم ينفيا بالنية .

والحاصل ان النية انما عملت قضاءً في هذا اللفظ لانه لما لم يمكن العمل بعمومه ترك ظاهره ، فصار له ان يصرفه لاي شيء اراده ، فلم يوجد منه العدول ، فيصدق

﴿ مسئلة ﴾

اذا كان اللفظ يستعمل تارةً في حقيقته وتارة في مجازه ، لكن الاغلب استعماله في مجازه ، فالعبرة للحقيقة عند الإمام ابي حنيفة . وقالا المجاز اولى . فهما جعلا غلبة الاستعمال مرجحاً ، وهو لم يعتبره مرجحاً ، لكون العلة لا ترجح بالزيادة من جنسها ، ككثرة الشهود ، فتكافأ بالاعتبار ، ثم ترجح الحقيقة لرجحانها مثاله : حلف لا يشرب من الفرات او لا يأكل من الحنطة ، ينصرف اليمين عنده الى الحقيقة وهي الكرع بالشرب من مائه والى اكل عين الحنطة ، فلا يحنث لو

شرب اغترافًا بيده او بإناء ، ولا بأكل الخبز المتخذ من الحنطة . وعندهما انصرفت اليمين الى شرب مائه ، والى الحنطة وما يتخذ منها ، فيحنث بالشرب من مائه بأي صورة كانت ، وبأكل عين الحنطة او ما يتخذ منها ، فيحنث بالشرب من مائه باي صورة كانت ، وبأكل عين الحنطة او ما يتخذ منها بعموم المجاز ، لأن ذلك اكثر استعمالاً وتعارفًا . فان قيل يرد على قول الإمام ان العادة في الحنطة أكل خبزها ، وهذا يقتضي ان يكون الحنث مختصاً بأكل ما يتخذ منها لا بعينها ، اذ العرف العملي مخصص ، أجيب : بأن الخلاف في غير الحنطة المعينة ، اما فيها كلاً آكل من هذه الحنطة ، فقوله كقولهما . (تحرير ملخصًا)

وقد يتعذر كل من المجاز والحقيقة ، فلا يصح استعمال واحد منها ، وحينئذ يكون الكلام لغواً ، واليه يشير في المادة بعدها .

المادة ٦٢ — اذا تعذر اعمال الكلام يهمل . يعني انه اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي او مجازي اهمل .

تقدم انه اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز ، محافظةً على اعمال الكلام . وذكر هنا انه اذا تعذر المجاز ايضًا ، فبالضرورة يكون الكلام مهملاً ، لأن الكلام لا يخلو عن احدهما .

ولا يخفى ان وقوع الكلام مهملاً لا ينحصر في تعذر كونه حقيقةً او مجازا ، بل قد يكون في غير ذلك . كما اذا أطلق لفظ مشترك بين معنيين استويا في عدم وجود مرجح لأحدهما على الآخر ، كما لو اوصى لمواليه وله معتق (بالكسر) ومعتق (بالفتح) : بطلت الوصية لصحة اطلاق هذا اللفظ عليهما ، مع اختلاف المعاني والمقاصد — فالوصية للأعلى تكون مكافأة على الاحسان بالعتق ، وللأسفل لزيادة الإنعام فتفسير الفقرة بقوله « يعني . . . الخ » ليس للحصر ، بل على طريق المثال ، اذ للاهمال طرق شتى — منها : كما في المادة تعذر ارادة كل من المعنى الحقيقي والمجازي ، كما في قوله لزوجته الأكبر منه سناً المعروفة النسب من الغير « هذه

بنتي » وقد مر توجيهه في شرح المادة ٦٠ فارجع اليها .

ومنها اللفظ المشترك بين معنيين لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر . ومنها تعذر صحته شرعاً كما لو قال لإحدى زوجتيه « انت طالق اربعاً » فقالت الثلاث تكفيني ، فقال اوقعت الزيادة على فلانة ، لا يقع على الأخرى شيء (اشباه عن الخانيه) وتقدم في شرح المادة (٦٠) .

ويدخل تحت هذا كل دعوى غير صحيحة بأن ادعى على آخر ما يستحيل وجوده عقلاً او عادةً . كما لو ادعى احدٌ في حق من هو اكبر منه سناً او معروف النسب من الغير انه ابنه ، فهو لغوٌ لظهور كذبه عقلاً او شرعاً انظر المادة ١٦٢٩ — او جاء بدعوى يكذبها الحس : كما لو ادعى صحيح اليدين على آخر انه قطع يده و يطلب منه الدية . ومثله الاقرار ، فلو قال قطعت يدك و يداه صحيحتان وقع الكلام لغواً .

كذلك المريض لا يصح اقراره لوارثه بدين او عين ، ولا الوصية له . والمعنى فيه انه آثر بعض الورثة بشيء من ماله ، وقد تعلق حقهم به بالمرض ، فكان متهماً بهذا الاقرار . ولهذا ان اجازوا يعمل بكلامه ولا يهمل (مبسوط) — وفيه : ولو اقر المريض بدين لوارثه ولأجنبي ، فاقراره باطلٌ ، لما فيه من منفعة الوارث . فإن ما يحصل للأجنبي بهذا الاقرار يشاركه الوارث فيه . بخلاف ما لو اوصى لوارثه ولأجنبي ، فإن الوصية تصح في نصيب الأجنبي لأن ذلك انشاء عقد ، فاذا صححناه لم ينتفع به الوارث . والاقرار اخبارٌ بدين مشترك بينهما ، فاذا صححناه في نصيب الأجنبي انتفع الوارث بالمشاركة معه في ذلك .

كذلك الوارث لو اقر لوارث غيره بزيادة حصة من الارث بأن قال حصتي الارثية من ابي الثلث ، وحصة اخي الثلثان ، او اسقط حقه له كلياً ، لا يصح ، لأن الارث جبري لا يسقط بالاسقاط .

ومثله لو قال مستحقٌ في ريع وقف « جعلت ما استحقه لفلان » لا يصح ، لأنه ليس له ولاية الجعل لغيره ، لما فيه من مخالفة شرط الواقف . بخلاف ما لو اقر بالريع لغيره ، فانه يصح في حق نفسه لإمكان تصحيحه حملاً على ان الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له (در مختار ورد المحتار)

كذلك المرأة لو اقرّ لها زوجها بدين عن نفقة مدةٍ مضت ، ولم تكن لزمته بتراضٍ بينهما ولا بقضاء قاضٍ ، او اقر لها بدينٍ عن نفقةٍ في مدة نشوزها وعدم انقيادها لزوجها ، وهي معترفة بعدم التراضي والقضاء وبالنشوز ، لا يلزمه شيء ويهمل كلامه ، لأن الشرع لم يلزم الزوج بنفقة الناشزة ، وجعلِ النفقـةِ عن الماضي ، الا ان يكون عن تراضٍ او قضاء قاض .

فمن هذه الفروع يظهر لك ان اهمال الكلام فيها لم يكن عن تعذر الحقيقة والمجاز ، ولا عن وجود لفظ مشترك ، بل لما يترتب على اعماله من مصادمة الشرع

والفرق بينه و بين ما تعذرت حقيقته ومجازه ان ذاك كلام غير معقول ، لأن ما لا يصلح حقيقةً ولا مجازاً يهمل ضرورةً . وهذا معقول معنى ، لكنه مردود بمقتضى الشرع .

لاحقـة

علم من هذه المادة والمادتين قبلها انه يصحح كلام العاقل بقدر الامكان صيانةً عن الإهمال . لكن لقائلٍ ان يقول هل للامكان درجة يوقف عليها ، ام يتمحل لتصحيحه بأي وجهٍ كان ، ولو بتقديرِ حذفٍ في كلامه ؟ — حتى لو قال المريض لمعروف النسب من الغير انت ابني ، يتكلف لتصحيحه بمحذوف مقدر : اي يعطي مثل نصيب ابني ، فيكون وصيةً و يصان عن الاهمال ؟ —

فاعلم ان تصحيح كلام العاقل قد يكون بالحمل على المجاز لعلاقة المشابهة الخاصة او غيرها من علاقات المجاز المرسل ، وقد مرت امثلتها في فروع المادة (١٢) وقد يكون بحمله على التجوز بالحذف يدل عليه عدم صلاحية الكلام للمعنى الحقيقي ، كقوله تعالى (واسئل القرية) اي اهلها . وقوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن امتي الخطأ والنسيان) اي حكمها ، وهو العقاب في الآخرة . والا يلزم الكذب في كلام المعصوم لوقوعها من امته — لكن هذا التجوز ما ورد في لغة العرب استعماله في كل موضع ، فلا يقال سل البساط والقنديل والكوز ، فهذا المقدّر استدعاه صدق الكلام .

وقد يكون المحذوف مقتضى اقتضاه حكم شرعي لزم الكلام كقوله « اعتق

عبدك عني بألف » فهذا الكلام لزمه شرعاً حكمٌ وهو صحة العتق عن الآمر ، وسقوط الكفارة عنه ان نوى ، فيقتضي سبق وجود الملك للآمر في العبد . والملك يقتضي سبباً وهو البيع ، فيكون التقدير : بع عبدك بألف ثم اعتقه عني .

توضح من هذا التمهيد ان تصحيح الكلام واعماله يكون باحدى تلك الطرق ، لا كيفما كان ، والا لساغ لكل احد ان يقول اردت بكلامي كذا ، لمعنى لا يصلح له اللفظ لا مجازاً ولا حذفاً ولا اقتضاءً ، فتختل بذلك المعاملات وتضيع الحقوق .

المادة ٦٣ - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

هذه المادة متفرعةٌ على مادة اعمال الكلام اولى من اهماله اي فإذا كان الاعمال اولى ، فكل ما لا يقبل التجزئة ذكر بعضه في الحكم كذكر كله . اذ لا يخلو اما ان يجعل ذكر البعض كذكر الكل فيُعمَل الكلام ، او لا يجعل فيهمل . لكن الاعمال اولى من الاهمال ، فقلنا بعدم التجزأ .

وعدم التجزأ يكون في نحو الطلاق والقصاص والكفالة بالنفس والشفعة ووصاية الأب والولاية .

واما في مثل الملك لو قال بعتك نصف داري او ربعها ، فيجوز التجزأ ، وليس ذكر بعضها كذكر كلها .

اما الطلاق ، فلو قال لزوجته طلقتك نصف تطليقة او ربع تطليقة ، تقع واحدة رجعية ، وذكر النصف او الربع كذكر الكل ، لأن الطلاق لا يقبل التجزأ . اذ لا يكون المحل الواحد نصفه على الشيوع حلالاً ونصفه حراما . قال في التنوير : وجزء التطليقة تطليقةٌ لعدم التجزء – لكن اذا وقع الجزء مستثنى في الكلام ، فهو لغو لقوله في اواخر باب التعليق : اخراج بعض التطليق لغوٌ بخلاف ايقاعه . فلو قال انت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة وقع الثلاث . وجهه كما في المبسوط ان الايقاع انما لا يتجزأ لمعنىً في الموقع ، وذلك لا يوجد في الاستثناء ، فيتجزأ فيه . واذا كان المستثنى نصف تطليقة ، صار كلامه عبارة عن

تطليقة ونصف ، فيكون ثلاثا . وهكذا في رد المحتار عن الفتح ، وهو قول محمد . وعند الثاني : الطلاق كما لا يتجزأ في الايقاع ، لا يتجزأ في الاستثناء ، فكأنه قال «الا واحدة» فيقع ثنتان . والمختار قول محمد، واقره العلائي .

واما الكفالة بالنفس فتنعقد كما في التنوير وغيره بجزء شائع نحو كفلت لك بنصفه او ربعه ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ بأن يكون بعضها مكفولا وبعضها غير مكفول . واما لو اضاف الكفيل الجزء الى نفسه ، كقوله كفلت لك ربعي او نصفي ، فلا تنعقد ، فتكون في هذه الصورة خارجة اه فلينظر الفرق .

واما القصاص ، فكذلك لا يتجزأ ، لما في البدائع وغيره : لو كان ولي المقتول واحداً فعفا عن بعض القصاص ، سقط لعدم تصور استيفاء بعضه دون بعض — ولا ينقلب مالاً عندنا ، لأن حق الولي في القصاص لا غير ، الا ان يكون العفو صلحاً ببدل ، او كان للمقتول وليان او اكثر فعفا احدهم ، سقط القصاص وينقلب مالا في حق من لم يعف . فلو تعددت ورثة المقتول وعفا احدهم مجانا ، سقط حقه من الدية الشرعية ، ويقسم الباقي عليهم بحسب الارث . هذا اذا كان القصاص واحداً . وان كان اكثر ، كأن قتل رجلان واحداً ، فان عفا عنهما سقط القصاص اصلا لما ذكرنا . وان عفا عن احدهما سقط القصاص عنه ، وله ان يقتل الآخر ، لأنه استحق على كل منهما قصاصاً كاملا ، والعفو عن احدهما لا يوجب العفو عن الآخر . ثم هذا اذا كان القصاص الواحد مشتركا فعفا البعض . فاما اذا وجب لكل واحد قصاصٌ كامل على القاتل ، بأن قتل واحدٌ رجلين، فعفا احدهما عن القاتل ، لا يسقط حق الآخر ، لأن كل واحد منهما استحق على القاتل قصاصاً كاملاً ، ولا استحالة في ذلك ، لأن القتل ليس تفويت الحياة ليقال ان الحيوة الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين ، بل هو اسمٌ لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة ، وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال . فعفو احدهما عن حقه — وهو القصاص — لا يؤثر في حق صاحبه ، بخلاف القصاص الواحد المشترك .

واما الشفعة فقد صرحوا بأن الشفيع اذا سلم الشفعة في النصف ، بطلت في

الكل، لعدم تجزئها . وعللها في المبسوط بأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً واستيفاء، فلا يتجزأ اسقاطاً اه . وفي البدائع : اما البطلان في النصف الأول فلأنه اسقطه واما في النصف الثاني ، فلئلا يصير تفريق الصفقة على المشتري ، فبطلت شفعته في الكل اه .

يقول الضعيف : استفيد من هذا وما تقدم ان الحكم قد لا يتجزأ لعدم امكان تجزئه عقلاً كالقصاص والطلاق والكفالة بالنفس على ما مر — وقد لا يتجزأ .لا لا لعدم الامكان ، بل لحق الغير ، كلزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة . لكن اذا رضي المشتري بذلك ؛ زال المانع من تجزأ اسقاطها . فلعل تعليل صاحب المبسوط اقوى دفعاً لهذا الإشكال . ولا يرِدُ ما نصوا عليه : لو اشترى رجلان من رجل داراً ، بأن للشفيع اخذ نصيب احدهما دون الآخر ، لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها .

واما وصاية الأب فكذلك لا تتجزأ ، لما في الفتاوي الهندية من القسمة : واذا جعل القاضي وصياً ليتيم في كل شيء فقاسم عليه في العقار والعروض جاز . ولو جعله وصياً في النفقة او في حفظ شيء بعينه ، لا يجوز . وهذا بخلاف وصي الأب اذا جعله الأب وصياً في شيء خاص ، فانه يصير وصياً في الاشياء كلها — كذا في المحيط .

ونظير الوصاية الولاية، لما في المبسوط من كتاب الشفعة، في معرض ان للشفيع ان يأخذ الدار بالشفعة من البائع وان كان وكيلاً لغائب او وصياً لميت ، حيث قال : وكذلك ان كان البائع وصياً للميت ، لأن الورثة ان كانوا كباراً كلهم ، وليس على الميت دين ، ولم يوص بشيء ، تباع فيه الدار حتى ينفذ ذلك ، لم يجز بيع الوصي لأن الملك للورثة ، وهم متمكنون من النظر بأنفسهم . وان كان فيهم صبي صغير ، جاز بيع الوصي في جميع الدار . وكذلك ان كان عليه دين او اوصى بوصية من ثمن الدار ، وهو استحسان ذهب اليه الامام ابو حنيفة رحمه الله تعالى . وفي القياس لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة ، او بقدر الدين والوصية ، اعتباراً للبعض بالكل . ولكن استحسن ابو حنيفة فاعتبر الولاية بالوصاية لا تتجزأ . فاذا ثبت في بعض الدار ، ثبت في كلها . وفي بيع الكل

منفعة لجميع الورثة ، فالحمل تشتري بما لا يشتري به الأشخاص .

واما الاذن للعبد في التجارة فكذلك لا يتجزأ ، لأن الاذن فك الحجر عنه وهو لا يتجزأ . فلو اذن له مولاه في نوع منها ، عم جميع الأنواع (تنوير) .

هذه القاعدة مذكورة في مجمع الدقائق والأشباه وتأسيس النظر بقوله انما لا يتجزأ ، فوجود بعضه كوجود كله . وعند زفر لا يكون ذكر بعضه كوجود كله وعلى هذا مسائل ، منها : ان من تزوج امرأة على خمسة دراهم فضة ، يكمل لها عشرة دراهم ، وصار ذكر بعض العشرة كذكر كلها ، لأن العشرة في باب المهر لا تتجزأ وعند زفر لها مهر المثل ، فصار كأنه تزوجها ولم يسمّ لها مهر مثلها . كذا هذا ومنها : ان من اوجب على نفسه ركعة ، لزمه ان يصلي ركعتين ، لأن ذلك لا يتبعض ، فذكر احداهما كذكر كليهما — وعند زفر لا يلزمه شيء ، لأن الركعة الواحدة ليست بصلوة ، فلا يجعل ذكر الركعة كذكر الركعتين

ومنها انت طالق اذا حضت نصف حيضة ، لم يقع الطلاق ، ما لم تحض حيضة كاملة ، لأنها لا تتجزأ فذكر بعضها كذكر كلها — وعند زفر اذا رأت الدم خمسة ايام وقع الطلاق ، ولا يجعل ذكر بعضها كذكر كلها على ما هو اصله . الى غير ذلك من المسائل ، فارجع اليه .

المادة ٦٤ – المطلق يجري على اطلاقه ، اذ لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالةً .

اعلم اولاً ان كلاً من المطلق والمقيد قسمان من الخاص المقابل للعام ، وهو المختار (مرآة الاصول) . وذلك لأن الخاص هو اللفظ الموضوع لمعنىً معلوم على الانفراد . و يقابله العام ، وهو الموضوع لمعنىً معلوم على الشمول والاستغراق وهو في اصطلاح الاصوليين والفقهاء ، اما خصوص الجنس كانسان ، او خصوص النوع كرجل ، او خصوص العين اي الشخص كزيد .

فالجنس عند الفقهاء هو المقول على كثير بن مختلفين بالأعراض دون الحقائق

فإن الانسان يشمل الرجل والمرأة ، وهما وان اتفقا في الحقيقة ، لكن لاختلافهما في الأغراض والمقاصد ، يسمى ما فوقها — وهو الانسان — جنساً .

والرجل نظير خاص النوع فإنه مقول على كثيرين متفقين بالأغراض ، وتحته الأخص ، كزيد المشخص ، فإنه لا يحتمل الشركة الا اذا تعدد وضعه لأكثر من واحد . فاصطلاح الشرع يعتبر التفاوت في الأغراض ، بمنزلة التفاوت في الحقائق . فما تفاوتت فيها افراده يسمونه جنساً ، وان اتفقت الحقيقة .

وهو خلاف اصطلاح الميزانيين القائلين بأن الإنسان نوع الانواع ، ولا نوع بعده . فعلى جعلهم الإنسان جنساً للرجل والمرأة بسبب اختلاف المقاصد وفحش التفاوت بين الذكر والأنثى ، قالوا : لو اشترى عبداً فظهر انه امة ، لا ينعقد البيع لاختلافهما في الجنس . ولو كان اختلافهما في النوع لانعقد البيع ، لأن الاختلاف في ذلك في النوع لا يمنع الانعقاد — بخلاف البهائم ، لعدم فحش التفاوت فيها بين الذكر والأنثى .

فحيث ان الخاص هو ما وضع لمعنىً واحدٍ وحدةً جنسيةً او نوعيةً او حقيقيةً على الانفراد لا الشمول ، ظهر لك ان المطلق قسمٌ منه . وحدُّه ، كما في المرآة : هو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين . فمعنى « الشيوع » في جنسه ، انه محتمل لحصص كثيرة ، فتخرج اقسام المعارف . ومعنى « بلا شمول » انه لا يدل على الشمول والإحاطة ، بل على فردٍ مطلق مثل (ان تذبحوا بقرة) . فخرج العام لدلالته على الشمول ، مثل (وما من دابة في الارض) لوقوع النكرة في سياق النفي . ومعنى « بلا تعيين » انه لا يدل على التعيين والتخصيص ببعض المراد ، فخرج المقيد لأنه خارجٌ عن الشيوع بوجهٍ ما اي بالدلالة على تعين الأوصاف .

وعن هذا عرف بعضهم المطلق بأنه « اللفظ الدال على الذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات » . والمقيد بأنه اللفظ الدال على الذات بصفة زائدة .

﴿ مسئلة ﴾

في المستصفى : اسم الفرد ، وان لم يكن على صيغة الجمع ، يفيد فائدة العموم

في ثلاثة مواضع :

الأول ان يدخل عليه الألف واللام ، كقوله عليه السلام (لا تبيعوا البر بالبر) .

الثاني النفي في النكرة ، لأن النكرة في النفي تعمّ ، كقولك « ما رأيت رجلاً » لأن النفي لا خصوص له ، بل هو مطلق . فاذا اضيف الى منكر لم يتخصص — بخلاف قولك (رأيت رجلا) فإنه اثبات ، والاثبات يتخصص في الوجود ، فاذا اخبر عنه لم يتصور عمومه . واذا اضيف الى مفرد اختص به .

الثالث ان يضاف اليه امرٌ او مصدر والفعل بعدُ غيرُ واقع ، بل منتظر ، كقوله « اعتق رقبة » وقوله تعالى (فتحرير رقبة) فانه ما من رقبة الا وهو ممتثلٌ باعتاقها ، والاسم متناول للكل ، فتنزل منزلة العموم — بخلاف « اعتقت رقبة » فانه اخبار عن ماض قديمٍ وجودُه ، ولا يدخل في الوجود الا فعل خاص

ثم اعلم انهم فرّقوا بين علم الجنس كأسامة ، واسم الجنس كأسد ، بأن الأول موضوعٌ للحقيقة المتحدة في الذهن ، والثاني للفرد الشائع — فعلى هذا لا فرق بين المطلق والنكرة في اطلاق كلٍ منهما على الفرد الشائع ، سوى انه قال في التحرير : بينهما عمومٌ وخصوصٌ من وجه ، يجتمعان في مثل (فتحرير رقبة) وتنفرد النكرة عن المطلق اذا كانت عامةً في سياق نفيٍ او غيره ، وينفرد المطلق عنهما اذا كان مقرونًا باللام المراد بها الجنس في ضمن فردٍ ما من الحقيقة : فهو نكرةٌ معنى معرفةٌ لفظًا نحو « ولقد امر على اللئيم يسبني » .

فالحاصل انّ المطلق يراد به الفرد الشائع سواء كان نكرةً لفظًا ومعنىً ، او معنىً فقط ، بشرط الاطلاق على طريقة الاصوليين من الحنفية ، لا الماهية لا بشرط شيء على طريقة الميزانيين . ويبتنى على هذا الاعتبار احكامٌ اصولية ليس هنا محلها .

فيجري المطلق على اطلاقه غير مقيد بشيء من العوارض ، ما لم يقم دليل التقييد نصًا او دلالةً . والمقيد بخلافه ، وهو ان يراد معه قيده الذي تقيد به . فالتقييد نصًا كما في صريح المواد ٥٧١ و٨١٧ و٨١٨ و١٤٢٢ و١٧٤٩ و١٤٩٥ مع الفقرة الاستثنائية من المادة ٨٢٦ — والتقييد دلالة كما في المادتين ١٤٧٢

و١٤٨٤ والفقرة الاستثنائية من المادة ٨١٦ . فراجعها .

فلو استأجر خياطاً لخياطة جبة بأجرة معلومة على ان يخيطها بنفسه ، فليس للخياط ان يخيطها بغيره ، وان خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن . فالمطلق — وهو خياطة الجبة — تقيد صريحاً بعمل الاجير خاصةً ، فيلزم العمل بموجب القيد . وعلى هذا بقية المواد

واما التقييد دلالةً فأن تكون قرينةٌ تدل على التقييد : كما لو وكل رجلاً ايام الأضحية بأن يشتري له شاةً ليضحيها ، فاشتراها له بعد مضي وقتها ، لا تنفذ على الموكل لتقيدها بالزمان دلالةً — انظر المادة (١٤٨٤) مع الفقرة الاستثنائية من المادة (٨١٦) فلو اعار رجلٌ دابةً اعارةً مطلقة ، فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء في الوقت الذي يريده وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان في ساعة واحدة . كذلك اذا استعار شخصٌ حجرة في خان ، كان له ان يسكنها وان يضع فيها امتعةً . واما استعمالها بما يخالف العادة ، كأن يشتغل فيها بصنعة الحداد ، فليس له ذلك . اي لأن الاستعمال على هذه الكيفية مخالفٌ للعرف والعادة ، فيتقيد بذلك .

والحاصل ان المطلق الذي لم يقيد بنصٍ او دلالة يجري على اطلاقه . يفهم ذلك من مراجعة المواد ٥٧٢ و٨١٩ و١٤١٤ و١٤٧٤ و١٤٨٢ و١٤٩٤ . فلتراجع .

✻ تنبيه ✻

اعلم ان القيد الذي يخرج المطلق عن الشيوع بوجهٍ ما ، هو القيد الذي يكون مفيداً ، فيتقيد به ، و يبقى مطلقاً فيما وراءه ، كالعامّ اذا خص منه بعضه ، يبقى عامّاً فيما وراءه . وان لم يكن مفيداً لا يثبت ؛ بل يبقى مطلقاً ، لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم . فلو دفع رجل الى آخر مالاً مضاربةً على ان يعمل به في الكوفة ، فليس له ان يعمل في غير الكوفة . لأن قوله « على » من الفاظ الشرط ، وانه شرطٌ مفيد ، لأن الاماكن تختلف بالرخص والغلاء ، وكذا في السفر خطر ، فيعتبر . ولو دفع اليه على ان يعمل في سوق الكوفة ، فعمل في

الكوفة في غير سوقها ، فهو جائز على المضاربة استحساناً - وجه الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد ، لأن البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة ، فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط ، فليغو الشرط (بدائع من المضاربة) . ولو قال له لا تعمل به الا في سوق الكوفة ، فعمل في غير سوق الكوفة ، يضمن . لأن قوله « لا تعمل الا في سوق الكوفة » حجرٌ له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر . وفي الفصل الاول : ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق ، والشرط غير مفيد ، فلغا .

وعلى هذا ، التقييدُ في حفظ الوديعة ، فإن شرط صاحب الوديعة على المودع شرطاً يمكن اعتباره ويفيد ، اعتُبر ، والاّ فلا . فاذا امره بالحفظ ، وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها ، فالشرط باطلٌ حتى لو وضعها في بيته او فيما يحوز فيه ماله عادة فضاعت ، لا ضمان عليه . لأن امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها اصلاً غير مقدور له عادةً ، فكان شرطاً لا يمكن مراعاته ، فيلغو (بدائع) - ثم قال : والأصل المحفوظ في هذا الباب ان كل شرطٍ يمكن مراعاته ويفيد ، فهو معتبر وكل شرط لا يعتبر رعايته ولا يفيد ، فهو هدر . انظر المادة (٧٨)

❊ لاحقة ❊

حيث ان المطلق هو الشائع في جنسه على الانفراد من غير شمول ، والمقيد هو الخارج عن الشيوع بسبب قيدٍ كالصفة والاستثناء والشرط ، فإذا وردا لبيان الحكم فهل يجريان على حالها بأن يترك المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده ، ام يحمل المطلق على المقيد ؟ - عندنا ينظر في الاطلاق والتقييد ان كانا في السبب او الشرط ، او كانا منفيين ، نحو لا تعتق رقبةً ولا تعتق كافرةً ، فلا حمل عندنا ، خلافاً للشافعية .

مثال السبب قوله عليه السلام في صدقة الفطر « ادوا عن كل حر وعبد » ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين - فهنا وجد الاطلاق والتقييد في سبب وجوب الفطرة ، وهو الرأس الذي يعوله ، فيبقى الاطلاق والتقييد على حالها ،

ويعمل بكل منهما ، ولا يحمل المطلق على المقيد اذ لا تنافي في الأسباب لامكان ان يكون كل من المطلق والمقيد سبباً .

ومثال الشرط « لا نكاح الا بشهود » و « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » . وكذا اذا كانا متعينين كما مر مثاله ، لا يحمل لامكان الجمع بأن لا يعتق اصلا .

وان كان الاطلاق والتقييد في حكم مثبت ، ينظر : فإن اتحد الحكم والحادثة يحمل ، والا بأن تعدد الحكم والحادثة ، او اتحد الحكم وتعددت الحادثة ، او تعدد الحكم واتحدت الحادثة ، فلا .

مثال اتحاد الحكم والحادثة قراءة العامة في كفارة اليمين (فصيام ثلاثة ايام) مع قراءة ابن مسعود المشهورة (ايام متتابعات) .

ومثال تعدد الحكم والحادثة تقييد الصوم بالتتابع في كفارة القتل ، واطلاق الاطعام في كفارة الظهار .

ومثال اتحاد الحكم وتعدد الحادثة قوله تعالى (فتحرير رقبة) في كفارة الظهار واليمين (ورقبة مؤمنة) في كفارة القتل ، اتحد الحكم — وهو التحرير — واختلفت الحادثة ، اذا القتل حادثة واليمين والظهار حادثة اخرى .

ومثال تعدد الحكم واتحاد الحادثة قوله تعالى (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا) في حادثة الظهار . قيد الحكم — وهو صيام شهرين متتابعين — بأنه قبل المماسة وفي عين الحادثة ذكر حكما آخر ، وهو اطعام ستين مسكينا ، بدون هذا القيد .

والحاصل انه لا يحمل المطلق على المقيد عندنا الا في صورة واحدة : وهي ما اذا ورد الاطلاق والتقييد في الحكم ، واتحد الحكم والحادثة ، وكان في الاثبات لا النفي . وفيما عدا ذلك يبقى المطلق على اطلاقه ، ولا يحمل على المقيد ، خلافاً للشافعي في هذا ايضاً . قال : اذا اتحد الحكم يحمل المطلق على المقيد مطلقاً ، سواء اتحدت الحادثة او تعددت . هذا ملخص ما في كتب الاصول .

المادة ٦٥ — الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر · مثلا لو اراد البائع بيع فرس اشهب حاضر في المجلس وقال في ايجابه بعت هذا الفرس الادهم واشار اليه وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الادهم · واما لو باع فرساً غائباً وذكر انه اشهب والحال انه ادهم لا ينعقد البيع ·

الوصف ان تصف الشيء بصفة تميزه عن غيره · والصفة هي الحالة القائمة بذات الموصوف · واللغو الباطل الذي لا حكم له ، اي ذكره وعدمه سيان · — اعلم ان هذه القاعدة تجري في سائر عقود المبادلة كالبيع والاجارة والنكاح ، يشترط لصحتها معرفة البدلين وانتفاء الجهالة ، وذلك بتمييز الشيء عن غيره بجنسه ونوعه وصفته · ويحصل هذا بالاشارة اليه حساً اذا كان الشيء حاضراً ، او بالذكر اذا كان غائباً · فاذا كان حاضراً مشاراً اليه ، فالعبرة لتعريفه بالإشارة ، لأن التعريف بها اقوى من التعريف بالوصف ، من حيث انها ترفع الاشتراك واحتمال المجاز في اللفظ — الا اذا ظهر ان ذلك الشيء المسمي جنسٌ آخر ، فلا عبرة حينئذٍ للاشارة ، لعدم وجود المسمى من اصله ، فيكون الاعتبار للوصف ·

مثال ما اذا ذكر الموصوف بجنسه واختلف الوصف لو قال بعتك هذا الفرس الأدهم ، واشار اليه في المجلس ، والحال هو اشهب ، صح البيع ونفذ على وجه اللزوم ولغا ذكر الوصف · لأن الأشهب والأدهم جنسٌ واحد ليس بينهما الا اختلاف الوصف ، فلا تأثير له مع وجود الاشارة الحسية للجنس ، لأن ذات الموصوف موجود ، والوصف غير موجود بل تابعٌ للذات ، فيلغو ·

ومثال ذكر الشيء بخلاف جنسه ما لو قال بعتك هذا الحجر من الالماس بكذا ، وقبل المشتري ، ثم تبيّن انه زجاج ، فالبيع باطلٌ لظهور ان المشار اليه من جنس آخر · فلا عبرة للاشارة حينئذ بل للجنس المسمى ، اذا العقد يتعلق بما

سماه لا بما اشار اليه · فبسبب اختلاف الجنس كانت التسمية في هـذه الصورة اقوى من الاشارة ، لأن التسمية تعين الماهية — من مراجعة المادة ٣١٠ والمادة ٣١٠ والمادة ٢٠٨ يظهر الفرق بينهما ·

واما الغائب ، فالاشارة اليه لا تتأتى · فاذا ذكر بنوعه وصفته ، ثم ظهر بخلاف تلك الصفة ، فلعدم وجود الاشارة يُعتبر الوصف · فلو قال بعتك فرسي الأدهم ، وهو غائب ، ثم ظهر انه اشهب ، فالمشتري بالخيار : ان شاء فسخ البيع وان شاء قبله بكل الثمن ، ويسمى خيار الوصف · وعلى هذا لو باع بقرة على انها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، يخير المشتري · وكذا لو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر ، فاذا هو اصفر ، يخير المشتري · كذا في سائر المعتبرات ·

وقد ظهر مما تقدم ان الغائب اذا ذكر بنوعه وصفتـه ، ثم ظهر بخلاف تلك الصفة ، ينعقد البيع مع خيار الوصف للمشتري · فقول المجلة في المثال (لا ينعقد البيع) المراد انه لا يلزم ، لا انه باطل · فهو نافذٌ غير لازم — ففي نكاح البدائع لا منافاة بين النفاذ وعدم اللزوم · وله نظائر في الشرع : كالمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفوء ، نفذ النكاح لكنه غير لازم · وكالشفيع ، له حق في تملك الدار بالشفعة دفعاً للضرر عن نفسه · ثم لو وهب المشتري الدار ، نفذت هبته ، لكنها لا تلزم حتى كان للشفيع حق نقض الهبة والأخذ بالشفعة ·

والخلاصة ان المبيع مثلاً ان كان من جنس المسمى فوصفه وهو مشارٌ اليه لغو ، ووصفه غائبـاً معتبر · وان لم يكن من جنسه فالعبرة للجنس المسمى مطلقاً ، حاضراً مشاراً اليه او غائباً ·

بقي شيء : وهو ما لو جمع بين الملك والاشارة ، كما لو حلف لا يكلم عبد فلان هذا ، او لا ادخل دار فلان هذه ، او لا اركب دابة فلان هذه ، فباع فلان عبده او داره او دابته ، فكلم او دخل او ركب ، هل العبرة للاشارة والاضافة جميعاً ، حتى لو فعل ما ذكر بعد الخروج عن ملكه لم يحنث ، ام للاشارة فقط ، فيحنث على كل حال ؟ — الامامان الاول والثاني يعتبران الاشارة والاضافة جميعاً وقت الفعل للحنث · فما لم يوجدا لم يحنث · فلو كلم او دخل او ركب بعد الخروج عن الملك لا يحنث ، الا ان يعني عين ذلك الشيء خاصة ·

وعند الامام محمد يحنث ، الا ان يعني « ما دامت ملكاً لفلان » فمحمد يعتبر الاشارة دون الاضافة .

هذا في اضافة الملك . واما في اضافة النسبة من الزوجة والصديق ونحوهما ، فلا يشترط قيام الاضافة وقت الفعل للحنث — بالاجماع ، حتى لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذا ، او صديق فلان هذا ، فبانت زوجته او عادى صديقه فكلم ، يحنث — .

والفرق على قولهما بين اضافة الملك واضافة النسبة ، حيث لا يحنث في الأول بعد البيع ، و يحنث في الثانية مطلقاً ، ان الحالف لما جمع بين الملك والاشارة لزم اعتبارهما ما امكن . لأن تصرف العاقل واجب الاعتبار ما امكن ، وامكن اعتبار الملك مع وجود الاشارة ، لانه باليمين منع نفسه عن مباشرته المحلوف ، والظاهر ان العاقل لا يمنع نفسه عن شيء منعاً موكداً باليمين الا لداع يدعوه اليه . وهذه الأعيان لا تقصد بالمنع لذاتها ، بل لمعنى في المالك — اما الدار ونحوها فلا شك فيه وكذا العبد لأنه لا يقصد بالمنع لنفسه لخسته ، وانما يقصد به مولاه وقد زال بزوال الملك عن المالك وصار كأنه قال « ما دمت لفلان ملكا » — بخلاف المرأة والصديق لأنهما يقصدان بالمنع لأنفسهما فتتعلق اليمين بذاتهما ، والذات لا تتبدل بالبينونة والمعاداة ، فيحنث . كما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً اه (بدائع من الأيمان)

❋ مسئلة ❋

النقود لا تتعين بالاشارة . فاذا اشترى بهذه الدراهم ، له دفع دراهم غيره . لكن هذا في المعاوضات . وتتعين في غيرها ، كالأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب (رد محتار) .

المادة ٦٦ — السؤال معاد في الجواب · يعني ان ما قيل في السؤال المصدّق كأن المجيب المصدّق قد اقر به ·

هذه القاعدة ذكرها الأصوليون ، وهي السؤال معاد في الجواب — معناها ان الكلام المتعين لأن يكون جواباً لما قبله لعدم استقلاله بنفسه ، او لقرينة تصرفه الى الجواب ، فسواء كان ما قبله استخباراً او اخباراً او انشاء ، ووقع الجواب تصديقاً له ، يكون اقراراً واعترافاً بجميع ما تضمنه الكلام السابق · فلو ادعى زيدٌ امام القاضي بأن لي على عمرو هذا الف درهم ثمن مبيع فأطلبها ، فقال القاضي لعمرو هل لهذا عليك ما يدعيه ، فقال نعم ، يكون الجواب بنعم تصديقاً لما ادعاه · فهو اخبار بجميع ما اخبر به المدعى·

وفي الخانية من « فصل فيما يكون اقراراً » ولو ان رجلاً في يديه عبدٌ فقال له رجل استأجره مني ، او ادفع الى غلة عبدي ، فقال الآخر نعم ، كان ذلك اقراراً ·

وقد يكون الجواب من قبيل الإخبار تقريراً لما سبق من انشاء كلام سابق ، فيتمحض اخباراً عنه لا انشاء ، لما في البدائع وغيره من الطلاق : قال لامرأته انت طالق فقال له ما قلت ؟ فقال طلقتها ، او قال قلت هي طالق ، فهي واحدةٌ في القضاء لأن كلامه انصرف الى الإخبار بقرينة الاستخبار · فالكلام السابق معادٌ على وجه الإخبار عنه ·

وقد يكون الأول والثاني انشاء ، لكن الثاني مع انه تامٌ بنفسه ، غير خارج عن الكلام الأول ، بل الأول معادٌ فيه باعتبار كونه جواباً له · كما لو قال امرك بيدك ونوى الثلاث ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، او قالت طلقت نفسي ، او اخترت نفسي ولم تذكر الثلاث ، كان ثلاثاً · لأنها جواب تفوبض الثلاث فيكون ثلاثاً

ثم ما تقدم اذا اعتبر ان الكلام الثاني جواب · فلو لم يكن جواباً ، واعتبر مستقلاً بنفسه ، فلا يكون الكلام السابق معاداً فيه · مثاله على قول الامام

الأعظم : لو قالت طلقني واحدةً بألفٍ فقال انت طالقٌ ثلاثاً ، وقع الثلاث مجاناً بغير شيء . وجهه ان الثلاث لا تصلح جواباً للواحدة . فاذا قال ثلاثاً فقد عدل عما سئلته ، فصار مبتدأً بالطلاق ، فتقع الثلاث بغير شيء .

والصاحبان اعتبرا هذا جواباً وزيادة . لأن في الثلاث ما يصلح جواباً للواحدة ، لأن الواحدة توجد في الثلاث فقد اتى بما سئلته وزيادة . فيلزمها الألف كأنه قال : انت طالق واحدةً وواحدةً وواحدةً .

وقد ظهر لك من الأمثلة ان المراد بالسؤال في قاعدة المجلة « السؤال معاد في الجواب » هو مطلق الكلام الواقع في الخطاب ، سواء كان اخباراً او استخباراً او انشاء . ولقد اصاب شارحها الفاضل علي حيدر افندي حيث قدّر ، معطوفاً اعم على « سؤال » فقال « سؤال وخطاب جوابده عد اولنمش اولور » فلو بلغ احداً خبرٌ بأن فضولياً باع ماله فقال رضيت او قبلت ، او قيل له هل اجزت ذلك فقال اجزت ، او قال له احدٌ وكلني بالإجازة فقال وكلتك ، فأجاز الوكيل ، صح البيع في الوجوه كلها لوقوعه جواباً ، والسؤال معادٌ في الجواب .

واعلم ان الفرق بين نعم و بلى ، كما في مغني اللبيب ، ان الجواب بنعم تصديق لما قبلها اثباتاً او نفياً . فاذا قيل قام زيد فتصديقه نعم ، اي قام . وتكذيبه **لا** ، اي لم يقم . واذا قيل ماقام زيد فتصديقه نعم ، وتكذيبه بلى فبلى في جواب النفي للإثبات كقوله تعالى (زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا قل بلى وربي لتبعثن) ولهذا نقيل عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في جواب قوله تعالى (الست بربكم قالوا بلى) لو قالوا نعم لكفروا . اي لأن نعم لتصديق الكلام مثبتاً او منفياً و بلى لإيجاب ما بعد النفي ، استفهاماً كان او خبراً — فان قلت كيف يكون قول ابن عباس في الآية الكريمة (الست بربكم قالوا بلى) لو قالوا نعم لكفروا ، مع قول الشاعر العربي وهو جحدر :

أليس الله يجمع ام عمرو — واياناً فذاك بنا تداني
نعم وترى الهلال كما اراه — ويعلوها النهار كما علاني

حيث وقعت « نعم » جواباً لكلام منفي — قلنا الجواب عن ذلك يحتاج الى

بحث بيانه ان الجواب بنعم اذا جاء بعد الاستفهام ينظر : ان كان الاستفهام للتقرير كما في الآية الكريمة وجيء بنعم تصديقاً للمنفي المقصود اثباته ، لا يكون الجواب بنعم كفراً — وان لم يرد تصديق المنفي الذي هو بمعنى الاثبات ، بل اريد تصديق النفي ، يكون كفراً . لكن دفعاً لإيهام الكفر ينبغي في مثل هذا المقام ان يكون الجواب ببلى التي هي للاثبات في جواب النفي — كذلك الشاعر مراده تصديق المنفي الذي بمعنى الاثبات ، اي ان الليل كما يدرك ام عمرو يدركه وهذا يعده دنواً منها . فيكون نعم جواباً وتصديقاً لما هو مثبت معنىً ، وان كان منفياً صورةً ؛ لكون الاستفهام للتقرير . ونظيره ما جاء في الحديث الشريف وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم للانصار (الستم ترون ذلك) قالوا نعم .

ونقل الحموي على الأشباه ان المعتبر في احكام الشرع العرف ، حتى يقام كل واحد منهما مقام الآخر ، خصوصاً وان العامة لا تدرك دقائق العربية .

❊ تنبيه ❊

ذكر في الأشباه مسئلة : وهي قالت لزوجها احلف عليَّ فقال انت طالق ثلاثاً ان اخذت هذا الشيء ، فقال الزوج انت طالق ثلاثاً ولم يزد ، هل يتضمن الجواب اعادة ما في السؤال فيكون تعليقاً ، او يكون منجزاً ؟ — فقال بل يكون تنجيزاً .

قال الحموي : تكون المسئلة مستثناةً من القاعدة . ثم قال : وينبغي ان يستثنى منها ما لو قالت لزوجها طلقني ولك الف درهم ، فقال طلقتك ولم يقل على الألف التي ذكرت ، فإنه يقع الطلاق مجاناً ولا شيء عليها عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى لأن الطلاق متيقنٌ والألف مشكوك فيها ، اي فليس ثمة ما يصرفها الى الجواب . وعندهما يلزمها الألف . لأن قولها ولك الف درهم سؤال، وقول الزوج خرج مخرج الجواب ، فيجب عليها الألف — يقول الضعيف : ليست مسئلة الأشباه ولا المسئلة التي ذكرها الحموي مستثناتين، لأن المعاد في السؤال هو الذي يكون جواباً ، فاذا لم يعتبر جواباً على اصل الإمام ابى حنيفة ، لا تشمله القاعدة حتى يستثنى منها .

ومما يتفرع على وقوع الكلام في معرض الجواب ما في النسفي على المنار : لو قال

لآخر بعتك هذا العبد بكذا ، فقال الآخر فهو حر ، انه قبولٌ للبيع ، اي يجعل قابلاً ثم معتقاً . لأنه ذكر الحرية بحرف الفاء عقيب الايجاب ، والفاء للترتيب ، ولا يترتب العتق على الايجاب الا بعد ثبوت القبول ، فيتضمن ذكرُ العتق بحرف الفاء القبول . فكأنه قال قبلت ثم قال فهو حر . لأن الفاء تستعمل حقيقةً في الاحكام لأنها للتعقيب ، والاحكام تعقب العلل وتترتب عليها بالذات وان كانت مقارنةً لها بالزمان ، كما يقال جاء البرد فتأهب .

ولو قال «هو حر» او «وهو حر» ، لم يجز البيع وكان رداً للايجاب لا قبولاً للبيع ، فلا يعتق .

واعلم انه اذا تقدم كلامان يعقبهما جوابٌ واحد، فهل يقع الجواب عليهما معاً ام على الكلام الأخير ؟ — ففي البدائع ذكر الامام محمد في الزيادات : لو قال لعبده انت حر على الف درهم ، انت حر على مائة دينار ، فقال العبد قبلت ، عتق وكان عليه المالان جميعاً . وكذا لو قال انت طالقٌ ثلاثاً على الف درهم ، انت طالق ثلاثاً على مائة دينار ، فقالت قبلت ، طلقت ثلاثاً بالمالين .

وقال الامام ابو يوسف يقع الجواب عن الأخير ، فيعتق العبد وتطلق الزوجة بمائة دينار .

وجه قول محمد ان الاعتاق والطلاق على مال ٍ تعليقٌ من جانب المولى والزوج ، وانه لا يحتمل الانفساخ ، فلم يتضمن الايجابُ الثاني انفساخَ الأول ، فيصح الايجابان و ينصرف القبول اليهما جميعاً ، اذ هو يصلح جواباً لهما جميعاً فيلزم المالان جميعاً ، بخلافِ مثل البيع ، لأن ايجاب البيع يحتمل الفسخ ، فيتضمن الثاني انفساخَ الأول . وجه قول ابي يوسف انه لما اوجب العتق والطلاق بعوض آخر ، فقد انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثاني كما في البيع .

فائدة اصولية

يقرب من نوع القاعدة ما اذا وقع في كلام الشارع صلى الله عليه وسلم جواب عن سؤال . فاذا كان جوابه صلى الله عليه وسلم غير مستقل بنفسه ، فهو تابعٌ للسؤال في العموم والخصوص . فلو سئله مثلاً سائلٌ ايجوز الوضوء بماء البحر فقال

نعم ، فهو عامّ الحكم في حق السائل وغيره . ولو قيل له هل يجوز لي الوضوء بماء البحر فقال نعم ، كان خاصاً على حسب خصوص السؤال . و يثبت الحكم عامًا في حق السائل وغيره بدليل آخر بالقياس عليه ، او بنحو قوله صلى الله عليه وسلم (حكمي على الواحد حكمي على الجماعة) من النصوص المفيدة لثبوت الحكم في حقهم ايضاً .

واذا كان جوابه صلى الله عليه وسلم مستقلاً ، فإن كان خاصاً فمعلوم ، وان عامًا ، افاد العموم في حق الكل وإن ورد على سببٍ خاص . ولا فرق بين ان يكون السبب الخاص سؤالاً او حادثة . وامثلة كلٍ مبسوطة في محالها .

المادة ٦٧ — لا ينسب الى ساكت قول يعني انه لا يقال لساكت انه قال كذا ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان يعني ان السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان .

هذه القاعدة مشتملة على فقرتين . الأولى حيث ان الشرع ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد ، ما جعل للسكوت حكمًا يبنى عليه شيء كما تبنى الاحكام على الألفاظ ، ولهذا قال لا ينسب الى ساكت قول .

والثانية كالاستثناء مما قبلها . وهي قاعدة ذكرها الأصوليون ، وجعلوا السكوت فيها في حكم النطق . وذلك في موضع تمس الحاجة فيه الى البيان ويسمونه بيان الضرورة . وهو نوع من انواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام إما لدلالة حالٍ في المتكلم تدل على ان سكوته لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي ان يسكت عنه . كسكوت صاحب الشرع عند امرٍ يعاينه عن التغيير ، فيكون سكوته اذناً به . واما لأجل حالٍ في الشخص ، اعتُبر سكوته كلامًا لأجل حاله كسكوت البكر البالغة ، في اجازة النكاح ، لأجل حالها الموجبة للحياء عن بيان الرغبة في الرجال . وكسكوت الناكل عن اليمين ، فإنه يجعل بيانًا لثبوت الحق عليه . وهو انه امتنع عن اداء ما لزمه — وهي اليمين — مع القدرة عليها ، فيدل ذلك الامتناع على الاقرار بالمدعى . لأنه لا يظن بالمسلم الامتناع عما لزمه الا اذا كان

محقاً في الامتناع ، وذلك بأن تكون اليمين كاذبة ان حلف ، ولا تكون كاذبة الا ان يكون المدعي محقاً في دعواه . — او لضرورة دفع الغرور ، كسكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، جعل اسقاطاً للشفعة لدفع الضرر عن المشتري . اذ لو لم يجعل اسقاطاً لنقض عليه تصرفه . وهكذا علل تستخرج من الفروع الآتية المستثناة من الفقرة الأولى وقد يوجد في بعضها ، مع اعتبار حال المتكلم ، دفع الغرور او الضرر مثلا ، لأن العلل لا تتزاحم .

ثم ان الفقرة الأولى هي الأصل ، لما ذكرنا ان المعاملات مربوطة بالعقود والالفاظ الصريحة ، فليس لجزئياتها عدد يدخل تحت الحصر . بخلاف الفقرة الثانية ، فانها محصورة بمسائل معدودة بالاستقراء .

تكميلاً للفائدة نورد لك بعض امثلة من فروع القاعدة الأولى :

لو باع اجنبي مال احد فضولياً وسلمه للمشتري ، وصاحب المال يشاهد البيع والتسليم وهو ساكت ، او بلغه ذلك فسكت ، لا يعد سكوته توكيلا بالبيع ولا اجازة . راجع المادة ١٦٥٩ .

ولو سكن داراً لأحد غير معدة للايجار ، وصاحب الدار ساكت ، لا يعد سكوته ايجاراً ، فليس له حق في طلب الأجرة . راجع المادة ٥٩٦ .

ولو اخذت الزوجة من بيت زوجها شيئاً يصلح له اولها واستعملته سنوات ، والزوج ساكت ، لا يكون سكوته هبة منه او اقراراً بكونه مالها .. حتى لو ادعى انه له فالقول قوله بيمينه لأنه صاحب اليد ، كما في سائر المعتبرات .

ولو اتلف مال آخر ، وصاحب المال يشاهد وهو ساكت ، لا يكون سكوته اذناً بالاتلاف بل له ان يضمنه . راجع الفقرة الاولى من المادة ٩١٢ .

ولو رأى القاضي صبياً او معتوها لاولي لهما يبيع و يشتري وسكت ، لا يكون سكوته اذنا له بالتجارة . لأن اذن القاضي حكم والسكوت لا يكون حكماً . بخلاف وليهما . راجع المادة ٩٧١ .

واما القاعدة الثانية التي يعد السكوت فيها كالنطق ، و بينّا انها على خلاف الأصل ، فقد اوصلها الفقهاء الى نيف وار بعين مسئلة مبسوطة في الأشباه ومحشيه الحموي ، وفي آخر كتاب الوقف من الدر المختار ورد المحتار ، نذكرها تتميماً

للفائدة وهي : سكوت البكر عند استئمار وليها قبل التزويج — سكوتها عند قبض مهرها — سكوتها اذا بلغت بكراً فلا خيار لها بعده — حلفت ان لا تتزوج فزوجها ابوها فسكتت ، حنثت — سكوت المتصدق عليه قبول ، لا الموهوب له — سكوت المالك ، عند قبض الموهوب له او المتصدق عليه ، اذن — سكوت الوكيل قبول ويرتد برده — سكوت المقر له قبول ويرتد برده — سكوت المفوض اليه القضاء او الولاية قبول وله رده — سكوت الموقوف عليه قبول و يرتد برده وقيل لا — سكوت احد المتبايعين في بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي ان اجعله بيعاً صحيحاً . (والتلجئة ان يتواضعا على اظهار البيع عند الناس لكن بلا قصده) . سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين ، رضى — سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع و يشتري يسقط الخيار ، بخلاف سكوت البائع بالخيار — سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع ، حين رأى المشتري قبض المبيع ، اذن بقبضه ، صحيحاً كان البيع او فاسداً — سكوت الشفيع حين علم بالبيع — سكوت المولى حين رأى عبده يبيع و يشتري اذن في التجارة ، اي فيما بعد ذلك التصرف ، لا فيه . لكن محله في غير ما باع من مال مولاه ، واما فيه فلا يجوز حتى يأذنه بالنطق (بزازية) — لو حلف لا يأذن له فسكت ، حنث في ظاهر الرواية — سكوت القن وانقياده عند بيعه او رهنه او دفعه بجناية اقرار برقه ان كان يعقل ، بخلاف سكوته عند اجارته او عرضه للبيع او تزويجه ، اي لأن الرهن محبوس بالدين و يستوفى منه عند الهلاك فصار كالبيع - لو حلف لا ينزل فلاناً في داره فسكت حنث ، لا لو قال اخرج منها فأبى الخروج فسكت . اي لأن النزول مما يمتد ، فلدوامه حكم الابتداء ، بخلاف الخروج ، فانه الانفصال من داخل الى خارج — سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته اقرار به فلا يملك نفيه — سكوت المولى عند ولادة ام ولده اقرار به ، اي بخلاف سكوته عند ولادة قنته — السكوت قبل البيع عند الاخبار بالعيب رضي بالعيب ان كان المخبر عدلاً ، لا لو فاسقاً ، عنده . وعندهما رضى ولو فاسقاً — سكوت البكر عند اخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف — سكوته عند بيع زوجته او قريبه عقاراً اقرار بأنه ليس له ، على ما افتى به مشايخ سمرقند ، خلافاً لمشايخ بخاري ، فلينظر المفتي ، اي لاختلاف

التصحيح ، لكن المتون على الأول ، فقد مشى عليه في الكنز والملتقى آخر الكتاب في مسائل شتى . واحترز بالبيع عن الإجارة والرهن . وفي الزوجة خلافه . وصحح قاضيخان السماع في القريب والزوجة – رآه يبيع عرضاً او داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت ، تسقط دعواه ، اي بخلاف الأجنبي كالجار مثلا لا يجعل سكونه مسقطاً لدعواه بمجرد رؤية البيع ، بل لا بد من سكوته ايضاً عند رؤيته تصرف المشتري فيه زرعاً وبناء ، بخلاف الزوجة والقريب فإن مجرد سكوته عند البيع يمنع دعواه . – احد شريكي العنان قال للآخر : اني اشتري هذه الامة لنفسي خاصة فسكت الشريك ، لا تكون لها بل للمشتري . اما في المفاوضة فلا بد من النطق – سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين ارید شراءه لنفسي فشراه ، كان له = سكوت ولي الصبي العاقل اذ رآه يبيع ويشتري اذن = سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه ، رضى لكن اعترض بما في الأشباه : لو رأى غيره يتلف ماله فسكت ، لا يكون اذنا بإتلافه = سكوت الحالف لا يستخدم مملوكه ، اذا خدمه بلا امره ولم ينهه ، حنث = دفعت في تجهيزها لبنتها اشياء من امتعة الأب وهو ساكت ، ليس له الاسترداد = انفقت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب ، لم تضمن الأم = باع جارية وعليها حلي ولم يشترط ذلك للمشتري ، لكن تسلمها وذهب بها والبائع ساكت ، كان بمنزلة التسليم ، فكان الحلي له = القراءة على الشيخ ، اي في رواية الحديث وهو ساكت ، ينزل منزل نطقه في الأصح = سكوت المدعى عليه ، ولا عذر به ، انكار . وقيل لا ويحبس . اي قيل لا يكون انكاراً ولا اقراراً فيحبس عند الثاني . كما لو قال لا اقر ولا انكر . وبه افتى صاحب البحر = سكوت المزكى عند سؤاله عن الشاهد تعديل اذا كان من اهل الفضل والصلاح = سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة اه .

وفي الدر المختار : وزاد عليها في تنوير البصائر السكوت في الاجارة قبول ورضى ، كقوله لساكن داره اسكن بكذا والا فانتقل ، فسكت ، لزمه المسمى . اقول : فيه بحث ، وهو انه عقيب سكونه ان بقي ساكناً فهو قبول العقد بالتعاطي فعلاً ، فلا يكون اذاً من قبيل السكوت ، لأن السكنى من

الافعال الممتدة القابلة للتجدد — سكوت الجار عند تصرف المشتري زرعاً و بناءً — ومنها لو تزوجت من غير كفوء ، فسكت الولي حتى ولدت ، كان سكوته رضىً — ومنها لو ان العبد خرج لصلوة الجمعه ، فرآه المولى فسكت ، حلَّ له الخروج لما ، لأن السكوت بمنزلة الرضى — ومنها لو زفت بلا جهاز ، فله ان يطالب بما بعث اليها من الدنانير . وان كان الجهاز قليلاً ، فله المطالبة بما يليق بالمبعوث في عرفهم . ولو سكت بعد الزفاف زماناً يعرف به رضاه ، لم يكن له ان يخاصم بعد ذلك — ابرأه فسكت صح — السكوت على المنكر رضىً به ، والسكوت على بدعة رضىً بها —

ولما كان النطق هو الأصل ، والسكوت انما يقوم مقامه في بعض المواضع دون بعض ، فلو قال لها : ان كنت تحبينني بقلبك فأنت طالق ، فقالت احبك بقلبي ، وفي قلبها خلاف ذلك ، يقع الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى (بدائع) فالنطق هنا لم يجعل اصلا .

المادة ٦٨ — دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه يعني انه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته

اعلم ان خلاصة هذه القاعدة بيانُ ان كثيراً من الاحكام الشرعية المعلولة التي لا تثبت الا بثبوت عللها ، قد تكون عللها خفيةً يعسر الاطلاع عليها . فأقام الشرع الأمارات الدالة عليها مقامها ، واثبت الحكم بثبوت الأمارات الدالة على العلة الحقيقية .

فالرضى بالعيب مثلاً ، علةٌ لحكم شرعي ، وهو سقوط خيار المشتري في رده على بائعه الا ان الرضا لما كان امراً باطناً ليس في وسع البشر الاطلاع عليه ، جعل الشرع استعمال المشتري للمبيع من مداواةٍ او لبسٍ او ركوبٍ لحاجته قائماً مقام الرضا المسقط للخيار . انظر المادة (٣٤٤)

وعلى هذا ، القصاصُ فإنه حكمٌ شرعي علته تعمد القاتل . غير ان التعمد لما كان خفياً ، جعل الشرع استعمال القاتل الآلة الجارحة المفرقة للأجزاء دليلاً على

التعمد ، فاقام دليل العلة مقام العلة في اثبات المعلول .

وهذا هو قياس العلة عند الفقهاء وهو الاستدلال بالعلة على المعلول — والمنطقيون يسمونه برهان اللِم ، اي ذكر ما يجاب به عن لِمَ ، كأن يقال : لِمَ وجب القصاص ، فيجاب : لأنه تعمد . ولِمَ سقط الخيار ، فيجاب : لأنه رضي . ونظيره من المحسوسات : هذا الانسان شبعان لأنه اكل الآن . والخلاصة هو الاستدلال بالعلة على المعلول .

وعكسه الاستدلال بالمعلول على العلة ، كالاستدلال بالمحكوم عليه بالقصاص على انه قاتل . ونظيره من المحسوسات الاستدلال بالمطر على الغيم ، وبشبع الانسان على قرب عهده بالأكل . ويسمى عند الفقهاء قياس الدلالة ، وعند المنطقيين برهان الإن ، وهو الاستدلال بالنتيجة على المنتج ، كالاستدلال بحدوث العالم على وجود المحدث . هذا خلاصة ما ذكره الامام الغزالي في معيار العلم . وانما اوردنا هذا لتعلم ان مبنى هذه القاعدة لبيان ان الاحكام الشرعية الثابتة بثبوت عللها اذا كان العلل في بعض المواضع خفية ، يقوم دليلها مقامها ، لا العكس وهو بيان وجود المعلول ، اعني الحكم لوجود علته ، لأن الحكم ان كان موجوداً بصريح النص فلا حاجة لتعليله بغيره ، لأن علة وجوده عين النص ، والا فيحتاج لعلة تثبته حتى يستدل بها عليه . ومن هذا تعلم عدم اصابة الشارح الفاضل علي حيدر افندي حيث مثل بالاستدلال بوجود الدخان على وجود النار ، وهو استدلال بالمعلول على العلة ، لأن النار علة لوجود الدخان ، وهو عكس ما سيقت اليه القاعدة كما لا يخفى على المتأمل .

وان اردت تعريف الدليل على مذهب الأصوليين والمنطقيين فارجع اليه في محله .

واعلم ان المراد بالدليل في قوله « دليل الشيء الخ » ما يشمل القطعي والظني والأمارة اي العلامة — قال في البدائع من كتاب الدعوى : لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة . واستشهد لذلك بما ورد في قصة يوسف عليه الصلوة والسلام (وشهد شاهد من اهلها ان كان قميصه قدّ من دبر — الآية) .

وعن هذا قال ائمتنا في لؤلئي ودباغ في حانوت واحد وهو في ايديهما ، ليه

لؤلؤ واهاب ، فتنازعا فيها ، يقضي باللؤلؤ للؤلئي و بالاهاب للدباغ ، لأن الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئي و بالاهاب للدباغ .

ومثله اختلاف الزوجين في متاع البيت : ما يكون للرجل يجعل في يد الزوج ، وما يكون للنساء يجعل في يدها . واعلم ان هذه القاعدة جمة الاحكام ، يتفرع عليها مسائل كثيرة نورد لك بعضاً من فروعها : مثلا يشترط في طلب الشفعة ان يكون على فور العلم بالبيع وهو المسمى طلب المواثبة ، من قوله صلى الله عليه وسلم (الشفعة لمن واثبها) فلو بلغه الخبر فسكت عن الطلب مع القدرة عليه ، بطل حق الشفعة . فالمبطل في الحقيقة هو الإعراض عنها ، لكن جعل السكوت دليلاً عليه ، لأن الاعراض خفي لا يطلع عليه .

كذلك صرحوا بأنه بعد علم الشفيع بالشراء اذا ساوم الدار من المشتري او سأله ان يوليه اياها او استأجرها منه او اخذها منه مزارعة او معاملة ، بطل حق الشفعة ، لأن ذلك دليل الأمر الخفي اعني الرضا بتملك المشتري = اما المساومة والتولية ، فلأن ذلك طلب تمليك بعقد جديد ، وهو دليل الرضا بملك التملك . واما الاستئجار والأخذ معاملة او مزارعة ، فلأنها تقرير لملك المشتري ، فكانت دليل الرضا بملكه .

ومنها : ان من اشترى ما لم يره فله خيار الرؤية اذ رآه . لكن اذا تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط خياره . جعل تصرفه دليل الرضا .

ومنها : لو ترك الدعوى بعد مرور الزمان ، ولم يكن مانع منها ، ثم ادعى ، لا تسمع دعواه ، مع ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، لكن جعل ترك الدعوى مع التمكن دليلا على عدم الحق ظاهراً . فكأنه أقيم الترك بلا عذر مقام الاعتراف بعدم الحق .

ومثله ما في التنوير وشرحه الدر المختار من مسائل شتى آخر الكتاب : باع عقاراً وابنه او امرأته حاضر يعلم به ، ثم ادعى الابن او الزوجة مثلاً انه ملكه ، لا تسمع دعواه ، وان كان لم يتصرف فيه المشتري ولم يمض عليه مرور الزمن — فقد جعل سكوله كالافصاح ، اي في الدلالة على الرضا ، قطعاً للتزوير والحيل . بخلاف الأجنبي ، فان سكوته — ولو جاراً — لا يكون رضى ، الا اذا سكت

وقت البيع والتسليم وتصرف فيه المشتري زرعاً و بناء ، فحينئذ لا تسمع دعواه ، على ما عليه الفتوى .

ومنها ما مر في المادة (٢) ان الاحكام تختلف باختلاف المقاصد . فإذا تزاحمت المقاصد بالاحتمال ، لكن وجد دليل يعيّن احدها ، قام الدليل مقام ثبوت المقصد .

وعلى هذا احكامُ اللقطة . فلو وجد احدٌ مالاً لا يعرف مالكه ، او ضالةً من البهائم كالابل والبقر والغنم ، فأخذُها ليردها على صاحبها مباحٌ . لكن لها بعد الأخذ حالان : حالٌ هي مضمونة ، وحالٌ هي امانةٌ غير مضمونة . اما حالة الضمان فهو ان يأخذها لنفسه ، لأن المأخوذ لنفسه مغصوب . واما حال الامانة فهي ان يأخذها لصاحبها ، فتكون يده يد امانة كالمودَع — فلو هلكت بعد الأخذ بلا صنع ولا تقصير ، فقال صاحبها اخذتَها لنفسك واراد تضمينه ، وقال الملتقط اخذتُها لأردها عليك فلا يلزمني ضمانها ، فبما ان القصد امرٌ خفي لا يطلع عليه ، أقيم الاشهاد ان وجد حين الأخذ من يشهده — او الاعلان في المحافل والجامع — ان لم يوجد — دليلاً على قصده فلا يضمن . والاّ لزم الضمان عند الإمام الأعظم . وعندهما ان لم يشهد فعليه اليمين انه ما اخذها لنفسه بل ليردها الى صاحبها . فان حلف بَرِأ ، وان نكل ضَمِن . هذا خلاصة ما في البدائع وغيره من المعتبرات .

ومنها ما صرحوا في كنايات الطلاق : سئلت زوجها الطلاق ، فقال اعتدي او استبرأي رحمك مما يصلح ان يكون جواباً لسؤالها ، وقع عليه الطلاق نوى او لم ينو ، لأن الحالة حالة مذاكرة الطلاق وهي دليلٌ على ارادته ، ولكون الارادة امراً باطناً ، قامت حالة المذاكرة مقامها . ومثله لو قال لها ذلك حين الغضب دون المذاكرة ، لأن الحالة دليل ارادة الطلاق ، فقامت مقامها . وكمال البحث هناك .

ومنها قال لزوجته ان كنت تحبينني بقلبك فأنت طالق ، فقالت احبك بقلبي وفي قلبها غير ذلك ، يقع الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى

- وجهه ان المحبة والكراهة لما كانا من الأمور الباطنة التي لا يوقف عليها الا من جهتها ، تعلق الطلاق بنفس الإخبار عنها دون الحقيقة ،، وقد وجد .

ومنها لو وضعت زوجته ولداً فهنئوه فقبل التهنئة او سكت او ابتاع آلة الولادة ثم بعد ذلك نفى سببه ، لا يصح نفيه ، لأن هذه الحالة دليل الاعتراف ، فقامت مقامه .

ومنها ما في ايمان البدائع وغيره : ان اليمين اذا كانت موقتةً بوقت فلا يحنث الحالف حتى يفوت الوقت . كما لو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم ، فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين والوقت قائماً لا يحنث . واذا كان الحالف والمحلوف عليه قائمين ومضى الوقت ، يحنث . لكن التوقيت يكون نصاً و يكون دلالةً . اما نصاً فكالمثال السابق . واما دلالةً فكاليمين المسماة بيمين الفور . سبق بإخراجه ابو حنيفة رحمه الله تعالى اخذاً من حديث جابر وابنه حيث دعيا الى نصرة الاسلام فحلفا ان لا ينصراه ، ثم نصراه بعد مدة ، ولم يحنثا . وهي ان تكون مطلقة عن الوقت نصاً ، لكن دلالة الحال تدل على تقييدها بالوقت ، بأن خرجت جوابا لكلام نحو ان يقول لآخر تغدَّ معي ، فقال والله لا اتغدى ، ثم رجع الى منزله فتغدى ، لا يحنث استحسانا ، لأن كلامه خرج مخرج الجواب فكأنه اعاد السؤال وقال والله لا اتغدى الغداء الذي دعوتني اليه . فلما كانت الحالة دليلاً على التقييد قامت مقامه ، فيصدق اذا ادعى هذه النية - ومن مسائل الفور ما لو نهضت وتأهبت للخروج من البيت ، فقال الزوج ان خرجت فأنت طالق ، فقعدت ثم خرجت ، لا يحنث . لأن الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة التي تهيأت لها ، كأنه قال ان خرجت هذه الخرجة فأنت طالق . فقد قامت دلالة الحال دليلا .

ومنها ما في البدائع وغيره ، ان تحمُّل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه ، يحصل بمعاينة دليله ، بأن يرى ثوباً او دابةً او داراً في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع ، حتى لو خاصمه غيره فيه يحصل له ان يشهد بالملك لصاحب اليد ، لأن اليد المتصرفة في المال من غير منازع دليل الملك فيه ، بل لا دليل يُشاهد في الأموال اقوى منها . وزاد الإمام ابو يوسف فقال : لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه ايضاً انه له - والحاصل ان دليل الملك قام مقام حقيقته

الملك في جواز تحمل الشهادة فيه ·

المادة ٦٩ - الكتاب كالخطاب

اي العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفاهية · فما يترتب على المكالمة الشفاهية يترتب على المكلمة الكتابية · فالقلم احد اللسانين ، والكتابة ممن نأى ، بمنزلة الخطاب ممن دنا — الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة الى الناس كافة ، وبلغهم مرةً بالكتاب ومرةً بالخطاب والقرآن اصل الدين ، وقد وصل الينا بالكتاب بعد ان ثبت بالحجة — والكتابة معمولٌ بها ، على ما سنبين من الشروط ، سواء كانت من الجانبين كما لو كان رجل في بغداد فكتب الي آخر في دمشق بعتك داري الكائنة في دمشق التي هي في محلة كذا والمحدودة بكذا وكذا والمرقومة بنمرو كذا بمبلغ كذا ، فكتب اليه الآخر اشتريت منك الدار المذكورة ، ينعقد البيع بينهما كالمشافهة — ومن جانب واحد فيما لو قال المكتوب اليه في دمشق حال قراءة الكتاب في المجلس: اشتريت ·

وعلى هذا سائر التصرفات كالكفالة والوكالة والحوالة والايجار والهبة والاقرار والنكاح · الا ان صحة انعقاد النكاح تتوقف على ان يقرأ المكتوب اليه الكتاب بمحضر من الشهود · قال في الفتح : « وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه » = أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت من فلان لا ينعقد لأن سماع الشطرين شرطٌ ، وبإسماعهم الكتاب والتعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين · ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوماً فقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا عليَّ بذلك ، لم يجز في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى حتى يعلم الشهود ما فيه · وجوّزه ابو يوسف رحمه الله تعالى من غير اعلام الشهود بما فيه · واصله كتاب القاضي الى القاضي ·

واما شروط الكتابة المعمول بها ، ففي الزيلعي: الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين مرسوم : وهو ان يكون معنوناً اي مصدراً بالعنوان، وهو ان يكتب

في صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب ، فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة .

ومستبين غير مرسوم ، كالكتابة على الجدران واوراق الأشجار او على الاوراق لا على وجه الرسم . فان هذا يكون لغواً ، لأنه لا عرف في اظهار الأمر بهذا الطريق ، فلا يكون حجة الا بانضمام شيء آخر اليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه . لأن الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق ، و بهذه الاشياء تتعين الجهة . وقيل الإملاء من غير اشهاد لا يكون حجة . والأول اظهر .

وغير متسبين ، كالكتابة على الهواء او الماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ، ولا يثبت به شيء من الاحكام وان نوى اه .

علم من هذا ان الشرط في الكتابه المقبولة التي هي في حكم الخطاب ان تكون مستبينة ومعنونة . فلو غير مستبينة او غير معنونة بأن لم تكن على الرسم المعتاد ، فلا يعمل بها الا بالنية او بالاشهاد عليه او الاملاء على الغير .

هذا في بيان شرط الكتابة التي يعمل بها ، وقد بقي شيء : وهو انه في اي موضع تكون حجة بمنزلة الاقرار حتى يجوز للشهود الشهادة فيها وللقاضي ان يحكم بها — قال في فتح القدير عند قول الهداية « ولا يحل للشاهد اذ رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة »: « فإن لم يتذكر ولو جزم انه خطه ، لا يشهد » قيل هذا على قول ابي حنيفة ، وعندهما يحل له ان يشهد . وقيل هذا بالاتفاق ، يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر . وانما الخلاف فيما اذا رأى القاضي في ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ، ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز ان يحكم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما اذا رأى في قمطره تحت خاتمه يجوز ان يقضي به . وكذا اذا رأى حكمه مكتوباً في خريطته ، ولم يتذكر انه حكم ، فهو على هذا الخلاف .

واما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة ، وفي الحديث النبوي يجده مكتوباً بخطه ولم يتذكر ، ووجد سماعه مكتوباً بخط غيره وهو خط معروف ، فعلى خلاف ذلك: اي في هاتين الصورتين لا يجوز اداء

الشهادة ولا رواية الحديث والعمل به عنده ، خلافاً لهما ٠

وقد صارت الفصول ثلاثة : وهي وجدان القاضي الشهادة عنده او حكمه ، ووجدان الشاهد خطه ، والراوي في الحديث — قال محمد رحمه الله تعالى : أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيراً وقال: يعتمد الخط اذا كان معروفاً ٠انظر المادة ١٦١٠ — وابو يوسف خالف الإمام الأعظم ، ووافق محمداً في مسئلة القضاء والرواية اخذاً بالرخصة ، لأن المكتوب يكون في يده او يد امينه ، فهو آمنٌ من التغيير ٠ — وفي مسئلة الشهادة اخذ بالعزيمة لأنه يكون في يد الخصم ، فلا يأمن الشاهد التغيير ٠ وقد مشت المجلة في جميع الفصول على قول الامام محمد تيسيراً ، وبه افتى قارئ الهداية ٠

وعلى هذا فيعمل بما وجده القاضي في ايدي القضاة الماضين وله رسومٌ في دواوينهم اي السجلات وخط السمسار والبياع والصراف ، وان لم يكن معنوناً ظاهراً بين الناس ٠ وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم على انفسهم في دفاترهم المحفوظة عندهم بخطهم المعلوم بين التجار واهل البلد ، فهو حجة عليهم ولو بعد موتهم وكذلك كتاب الأمان والبراءات السلطانية والدفتر الخاقاني ٠ وقد ذكروا في كتاب الشهادات راجع المواد ١٦٠٧ و ١٦٠٩ و ١٦١٠ و ١٧٣٦ و ١٧٣٧ و ١٧٣٨ و ١٧٣٩ ٠

وفي التنوير وشرحه للعلائي : الأمر بكتابة الاقرار اقرارٌ حكماً ٠ فانه كما يكون باللسان يكون بالبنان ٠ فلو قال للصكاك اكتب خط اقراري بألف عليّ او اكتب بيع داري او طلاق امرأتي ، صح ، كتب ام لم يكتب ، وحل للصكاك ان يشهد ، الا في حدٍ وقَوَد (خانية) ٠

ومن هذا القبيل ما في البحر عن البزازية : « كتب وقرأ عند الشهود مطلقاً او قرأ غيره وقال الكاتب اشهدوا عليّ به ، او كتبه عندهم وقال اشهدوا عليّ بما فيه ، وعلموا به ، كان اقرارا ، والا فلا » — تحِلُّ الشهادة في هذه المسائل لكونها على الاقرار لا الكتابة ، فتكون اتفاقيةً لا خلاف فيها ، ولهذا اعتبرها اقراراً — والحاصل ان الإمام ابا حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان الكتابة اذا لم تذكر لا يعمل بها وان لم تكن في يد الغير ، سواء في ذلك الشاهد يكتب

شهادته في صك والقاضي براها في سجله وراوي الحديث اذا رآه مكتوبا بخطه ونسي سماعه وروايته ، لأن الخطوط تتشابه فلا يعتمد عليها . والإمام ابو يوسف وافقه في الشاهد وخالفه في القضاء والرواية ، للأمن من التغيير ، حيث كان المكتوب في يد القاضي والرواي . والإمام محمد جوز الشهادة والقضاء والرواية في الكل ، وعليه المجلة تيسيراً على الناس .

ثم لا بد ان تكون الكتابة مستبينةً معنونة على الرسم المعتاد كما قدمنا . الا في خط السمسار والبياع والصراف ، يكتبون ما عليهم في دفاترهم فيعمل به ، وان لم يكن معنوناً .

المادة ٧٠ - الاشارة المعهودة للاخرس كالبيان باللسان

يعني اشارات الأخرس المعهودة بعينه او رأسه او حاجبيه او يده بمنزلة النطق ، حتى انها تعتبر منه في مثل النكاح والطلاق والعتاق والبيع والشراء والرهن والهبة والابراء والاقرار واليمين والنكول والوصية الى غير ذلك من الأحكام — قال في فتح القدير : « وهذا استحسان بالضرورة ، فإنه لو لم يعتبر ذلك منه ادى الى موته جوعاً وعطشاً وعرياً — ثم رأينا ان الشرع اعتبرها منه في العبادات الا ترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحاً معتبراً ، فكذا في المعاملات»

وفي الزيلعي : لأن الاشارة تكون بياناً من القادر ، اي في بعض المواضع ، فما ظنك من العاجز ؟ الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان افصح العرب ، ومع هذا انبأنا بالاشارة بقوله (الشهر هكذا الحديث) ولأن الكتاب من الغائب اذا كان كالخطاب للعجز ، ففي حق الأخرس اولى ، لأن عجزه اظهر والزم عادة لأن الغائب يقدر على الحضور ، بل يحضر ظاهراً ، لأن الظاهر من حال الغائب الحضور ، والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه . فلما قُبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الحكم مع رجاء الحضور ، فلأن يقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس اولى ، والأخرس لا يقدر على النطق ،

والظاهر بقاؤه على الدوام — قال في الفتح : ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه ، لأن العادة منه ذلك ، فكانت الاشارة بياناً لما اجمله الاخرس .

يقول الفقير : وينبغي ان تكون كل اشارة منه كذلك ، فيما عدا الكتابة . انظر المواد ١٧٤ و ١٥٨٦ و ١٧٥٢ .

وقول المجلة : « الاشارات المعهودة » اي المعتاد صرف كل اشارة منه لمعنى كتحريك الرأس عرضاً مثلاً يدل على الانكار ، وطولاً يدل على الاقرار . فلو لم تكن اشارته المعهودة معلومة عند القاضي ، يلزم استفساره ممن يعرف من نحو اصحابه وجيرانه واقربائه ، و يلزم ان يكون المترجم عدلاً لأن الفاسق لا يقبل كلامه .

والمراد بالأخرس هو الخلقي دون من عرض عليه اعتقال اللسان اذا لم تمتد عقلته ، خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه سوّى بينهما — قال الزيلعي : والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا كانت معهودة ، وذلك في الأخرس دون معتقل اللسان ، حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معلومة كان بمنزلة الأخرس . ولأن العارض على شرف الزوال دون الأصلي فلا يقاس احدهما على الآخر اه

وذكر التمرتاشي تقدير الامتداد بسنة . وفي رواية الحاكم عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى الامتداد الى وقت الموت . قال: ان دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة و يجوز الاشهاد عليه . وان لم يكن معتقل اللسان فلا تعتبر اشارته مطلقاً لا في الحدود ولا في غيرها ، الا في اربع : الكفر والاسلام والنسب والافتاء . و يزاد اشارة الشيخ في رواية الحديث وامان الكافر (اشباه)

واعلم ان الاشارة تعتبر منه وان كان قادراً على الكتابة . قال الزيلعي : بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا أن الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة ، وقالوا ان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة — وجه اعتبارها ان كل واحد من الاشارة والكتابة حجة ضرورية ، ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة ، لأن قصد البيان في الكتابة معلوم حساً و بياناً . وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتابة ، لأن الأصل في البيان هو الكلام لأنه وضع له ،

والاشارة الى الكلام اقرب لأن العلم الحاصل بها حاصلٌ بما هو متصلٌ بالمتكلم وهو اشارته بيده او رأسه ، فصار اقرب الى النطق من آثار الاقلام ، فاستويا .

يدل على هذا ما في الهداية : واذا كان الأخرس يكتب كتابا او يومي ايماءً يعرف به ، فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه و بيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اه — قال قاضي زاده في تكملة فتح القدير : وجه الدلالة انه جمع بين كتابة الأخرس وايمائه في جواز الاعلام بأي واحدٍ منهما ، ولا شك في دلالة كلمة « او » على هذا المعنى ، لأنها لأحد الأمرين بلا تعيين . فاذا اتى الاخرس باي واحدٍ منهما على انفراده يتحقق الاتيان بأحد الأمرين اه .

ومعنى انه لا يحَد ولا يحد له ، انه في حقوق الله تعالى ان كان قاذفًا مثلاً فقذفه ليس بصريح ، والحد لا يجب الا بالقذف بصريح الزنا . وان كان مقذوفًا فلعله كان بأيمائه مصدقًا للقاذف ان قذف ، فلا يتيقن بطلبه الحد . ولهذا صرح علماؤنا باشتراط ان يكون المشهود عليه بالزنا غير اخرس ، لأنه لا يقدر على دعوى شبهةٍ تسقط الحد .

والحدودُ الخالصة لله تعالى لا تُعتبر اشارته فيها ، لأنها انما شرعت زاجرةً وليس فيها معنى البدلية اصلاً ، والله غنيٌّ عن العالمين ، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . بخلاف غير الخالص حقًا لله تعالى كالقصاص ، لأن فيه معنى المعاوضة من حيث انه شرع جابراً كسائر المعاوضات التي هي حق العبد . لكن ذكر في الهداية في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه — ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك ، فيكون فيها روايتان .

❋ مسئلة ❋

اعترض قاضي زاده صاحب تكملة فتح القدير عند قول شارح الهداية في تعليل ثبوت القصاص باشارة الأخرس « وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شُرع جابراً فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة » فقال اي قاضي زاده : اقول فيه بحثٌ — اما اولاً ،

فلأن ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالفٌ لما صرح به فيما مر في عدة مواقع : منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه : « فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة لأن مبنى الكل على الدرأ ، فلا يجب فيها الاستيثاق . » ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه : « ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال ، فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات » — ثم قال فيه في باب الشهادة : « الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة، ولا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص » ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه : « وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بإيفائها واستيفائها ، الا في الحدود والقصاص ، فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس ، لانها تندرىء بالشبهات ، وشبهة العفو ثابتة عند غيبته » ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين : « ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحد ، استحلف بالاجماع ، ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر ، وهذا عند ابي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد لزمه الأرش فيهما ، لأن النكول اقرارٌ فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال » ومنها كتاب الجنايات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة ، بل جعلها اصلاً مؤثراً في سقوط القصاص . وفرّع عليه كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوعٍ من الشبهة في كل واحدةٍ منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب . — اهـ .

يقول الفقير : جميع ما بحثه غير وارد . اما الأول فلما في البدائع : تجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها ، و بحد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب فاعطاه بها كفيلا ، بلا خلافٍ بين اصحابنا ، وهو الصحيح . لأنه كفالةٌ بمضمونٍ على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل ، فتصح ، كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين . وانما الخلاف اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب ، هل يجبره القاضي عليه ؟ — قال ابو حنيفة : لا يجبره ، لأن الكفالة شرعت وثيقةً والحدود مبناها على الدرأ فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة .

ولا يرد عليه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود ، وان الحبس توثيق لأنا نقول الحبس للتهمة لا للتوثيق – وقالا : يجبر لأن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عند الطلب كنفس من عليه الدين ، ثم تصح الكفالة بنفس من عليه القصاص والحد و يجبر عليها عند الطلب ، فكذا هذا .

والحاصل ان الخلاف بين ائمتنا في الجبر على اعطاء الكفيل بالنفس وعدمه لا في نفس صحة الكفالة – واما نصريحهم بعدم قبول شهادة النساء في الحدود والقصاص ، فهذا ثبت نقلا لما روى عن الزهري رحمه الله تعالى انه قال : « مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص » فعدم ثبوت القصاص بشهادتهن لا ينافي ثبوته بالاشارة المعهودة من الاخرس المعدودة كالاقرار . اذ لا تلازم بينهما ، فكثير من الأحكام يثبت بالشهادة دون الاقرار ، كالوصي على الصغير يثبت الحق عليه بالشهادة على وصيه ولا يثبت باقرار الوصي ، و بالاقرار دون الشهادة ، كالعدة تنقضي باخبارها انها رأت الدم ثلاثاً ، ولا تجري فيها الشهادة . وهكذا فيما لا يعلم الا من جهتها . ولأن عدم جواز شهادتهن في القصاص لشبهة البدلية ، ولا بدلية في اشارة الأخرس ، بل اعتبرت عين النطق للضرورة . ولا شك ان البدلية تضعف علّيّة الشهادة لاثبات القصاص ، لأن القصاص وان كان الغالب فيه حق العبد لما فيه من معنى المعاوضة ، لكن فيه ايضاً حق الله تعالى فيدرأ بشبهة البدلية (مجمع الحقائق) ومثله يقال في الشهادة على الشهادة .

واما عدم جواز التوكيل باستيفاء القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس ، فلأن احتمال العفو قائم لجواز انه لو كان حاضراً لعفا – وهذا لا ينبغي ان يكون بحثاً اصلاً ، لأن الأخرس اذا اعترف به باشارته واراد ولي المقتول استيفاء القصاص منه فكذلك لا يجوز التوكيل باستيفائه وهو غائب . فكونه مستحقاً للقصاص باقراراه لا ينافيه عدم جواز التوكيل باستيفائه في غيبة الموكل .

واما ما ذكروه في دعوى القصاص من عدم لزومه لو انكره المدعى عليه و نكل عن اليمين ، فهذا مبني على الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في تفسير النكول . قال الامام : النكول بذل . ولهذا لا تحليف عنده فيما لا يجري فيه البذل كالنكاح

واخواته المذكورة في كتاب الدعوى — وقالا : النكول اقرار ، فيحلف — فلما كان النكول غير صريح في الاقرار للاختلاف في تفسيره ، اندرأ القصاص لشبهة كونه اقراراً — بخلاف اشارة الاخرس فإنها للضرورة جعلوها اقراراً بحتاً في كل ما فيه معنى المبادلة التي منها القصاص .

والحاصل ان اشارة الأخرس بمنزلة الاقرار للضرورة كما تقدم . ولكونها ضرورية كانت احطّ رتبة من الاقرار الصريح ؛ حيث لم تعتبر في الحدود التي الغالب فيها حقّ الله تعالى ، لأنها تندرأ بالشبهات . واعتُبرت فيما فيه معنى المعاوضة من حقوق العباد ، ومنها القصاص . وما صرحت به المتون والشروح عن ائمتنا هو صريح الحق لا غبار عليه ، وما اورده من الأبحاث غير وارد ، وجوابها ما علمت .

واعلم ان معنى كون الشيء حقّ الله تعالى او حق العبد ، أن ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد ، يُنسب اليه تعالى ، لعظم خطره وشمول نفعه — وما يتعلق به مصلحة خاصة ، كحرمة مال الغير و بدل المتلفات من بدل المغصوب والدية ، ينسب الى العبد — والا فباعتبار التخليق ، الكل سواء بالنسبة اليه تعالى . قال عزّ شأنه : (ولله ما في السموات وما في الارض) و باعتبار الضرر والنفع هو متعالٍ عن الكل .

المادة ٧١ — يقبل قول المترجم مطلقاً

المترجم هو الذي يفسر الكلام من لسان بلسان آخر ، وذلك فيما لو كان القاضي لا يفهم لغة المتخاصمين او الشاهدين لدى الاستشهاد ، فيتخذ ترجماناً ليفهم كلامهم بواسطته .

وقول المجلة (مطلقاً) اي في سائر العقود والدعاوي بعين او دين وفي الاقرار والابراء واليمين والنكول وغير ذلك ، حتى في الحدود والقصاص — وذلك لأن المترجم ينقل عبارة المترجم عنه كما ينقل الرسول عبارة المرسل ، وليست

عبارة المترجم بدلاً عنها حتى يكون فيها شبهة البدلية فلا تقبل في ما الحدود . —
وجه تعقيبها لما قبلها ان عبارة الأخرس لما كانت لا تقبل في الحدود الخالصة لله
تعالى لما تقدم ، بتين هنا ان قول المترجم يقبل مطلقاً للعلة المذكورة .

وهل يكفي ان يكون واحداً بعد ان يكون عدلاً ، ام لا بد من نصاب الشهادة
اثنين ؟ — الأول قول الإمام الأعظم وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، والثاني
قول الإمام محمد . قال العلائي : والاثنان احوط اهـ — وهذه من جملة مسائل
مذكورة في منظومة ابن وهبان ، نقلها العلائي في كتاب الشهادات وفي مسائل
شتى آخر كتاب القضاء ، واشار اليها في باب عزل الوكيل — منها اخبار العدل
القاضي بإفلاس المحبوس ، وفي تزكية السر ورسول القاضي الى المزكي ، وتقويم
الصيد الذي اتلفه المحرم ، وتقويم الأرش في نحو الشجاج ، واخبار السيد بجناية
عبده . فلو باعه كان مختاراً للفداء ، واخبار الشفيع بالبيع ، والبكر بالنكاح ،
والمسلم الذي لم يهاجر بالشرائع ، والاخبار بعيب لمريد شراء فليس له الخيار اذا
اشتراه . ولو اختلفا في ثبوته يكتفي في اثباته بقول الواحد العدل ، وحجر مأذون ،
وفسخ شركة ، وعزل قاضٍ ، وقول المترجم هنا .

وفي التكملة : « اتخاذ المترجم وقع في الجاهلية والاسلام . ولما جاء سلمان
للنبي صلى الله عليه وسلم ، ترجم يهودي كلامه فخان فيه ، فنزل جبريل عليه
السلام بحديثٍ طويل ، وامر رسولُ الله صلى الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضي
الله تعالى عنه ان يتعلم العبرانية . فكان يترجم بها »

واعلم ان محل الخبر الواقع في حقوق العباد ، اعني التي تثبت بخبرٍ فيه معنى
الشهادة ، لا يخلو : إما ان يكون فيه الزامٌ محضٌ على الغير ، فهذا يكون شهادةً ،
فيشترط فيه مع العدد العدالة والولاية ، فلا تجوز من الفاسق والعبد والصبي ، ولا
تكفي شهادة الفرد الا في موضعٍ لا يمكن العدد عرفاً كشهادة القابلة بالولادة
صيانةً لحقوق العباد ، ولأن فيه معنى الالزام ، فيحتاج الى زيادة توكيد .

واما ان لا يكون فيه الزامٌ اصلاً ، فهذا القسم يكفي فيه ايضاً اخبار الواحد
بشرط التمييز ، ولا تشترط العدالة ، فيقبل فيه خبر الفاسق والصبي والكافر ،
كالوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا وما اشبه ذلك . كما لو اخبره واحد

بأن فلاناً وكلك بكذا ، او ضار بك على ماله هذا ، او انه ارسل اليك هذه العين هدية ، او اودعك هذا الشيء فاسلمه للحفظ - فهذا القسم يثبت باخبار الواحد بشرط التميز دون العدالة فيقبل فيها خبر الفاسق والصبي والكافر ، لعدم الإلزام فيه .

واما ان يكون فيه الزام من وجه دون وجه ، كالوكيل لو اخبره انسان بأن الموكل عزله عن الوكالة ، فإن في تصديقه الزاماً عليه من حيث انه يبطل عمله في المستقبل ، وليس بإلزام من حيث ان الموكل بقطع النظر عن ذلك يتصرف في حقه فيعزله متى شاء . وعلى هذا حجر المأذون وفسخ الشركة لما ذكر في عزل الوكيل . كذلك انكاح الولي البكر البالغة ، فإنه الزام عليها ، من حيث انها اذا انفذت هذا النكاح لا يمكن لها التزوج في المستقبل ، وليس بالزام من حيث يمكن لها ان تفسخ هذا النكاح — لكن في هذا القسم الأخير ينظر : ان كان المخبر وكيلا او رسولاً يقبل خبر الواحد غير العدل ، لقيامهما مقام الموكل والموسل ، فتنتقل عبارتها اليهما — وان فضولياً ، يشترط اما العدد او العدالة عند الإمام الاعظم . وعندهما لا فرق بين هذا وبين القسم الذي لا الزام فيه اصلا ، في انه يكفي قول كل مميز لمكان الضرورة فيهما — ثم على قوله ، هل يشترط مع العدالة بقية شروط الشهادة من الحرية والبلوغ والذكورة ؟ — جزم في التوضيح باشتراطها ، ولم يذكر في المبسوط اشتراطها لا نفياً ولا اثباتاً . فلذا قال في التلويح : قال فخر الاسلام وغيره « يحتمل ان يشترط سائر شروط الشهادة عنده ، حتى لا يقبل خبر العبد والمرأة والصبي . » قال : ولا يخفى انه يحصل بهذا الاشتراط قصور في رعاية شبه عدم الالزام .

المادة ٧٢ — لا عبرة بالظن البين خطاؤه .

هذه القاعدة لها فروع مختلفة الانواع . تشمل الاجتهادات واحكام القضاة والعبادات والمعاملات الجارية بين الناس من عقود واقرار وابراء وغيرها .

فالعبرة في جميع ذلك لما في نفس الأمر ، لا لخطأ الظن . فكل ما كان مبنياً على خطأ الظن لا يعتبر — مثلاً لو قال لزوجته « ان كان زيد في الدار فأنت طالق ثلاثاً » ، ومضى مع زوجته على ظن ان زيداً ليس في الدار ، ثم تبين في الغد وجوده فيها ، تطلق من حين القول وتعتد منه لا من وقت التبين — كذا في طلاق الدر المختار .

اما النوع الأول ، فكما يقع للمجتهد في المسائل الظنية ، يعرض له استنباط او دليل آخر اقوى ، فيرجع عن قوله الأول الى قول آخر . وهذا ليس من موضوع كتابنا نعرض عن امثلته خوفاً من التطويل ولنأت بما يناسب الموضوع .

فالقاضي اذا حكم على ظن ان حكمه موافق للشرع ، وفي نفس الأمر ليس كذلك فحكمه باطل لا عبرة له ، ويجب الرجوع الى الحكم الموافق للشرع حتى لو قضى ببينة لا يسمع ما ينافيها ، الا اذا تبين ان القضاء الأول كان باطلا (بدائع) — ولو ظهر بعد الحكم ان الشهود عبيد مثلاً ، بطل حكمه — غير انه في زماننا جعلت المحاكم طبقات بعضها اعلى من بعض ، فبعد تسجيل حكمه ينقض من محكمة اعلى . لكن الوعيد عظيم اذا حكم بخلاف الشرع ولهذا قال عليه الصلاة والسلام (القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة — الحديث) ففسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل ، والآخر عالم يحكم بالجور ، والثالث العالم العادل يحكم بعلمه .

فمن فروعها في المعاملات : وكله بقبض دين له على رجل ، فوهب الموكل المال للمديون ، والوكيل لا يعلم ، فقبض من المديون فهلك في يده ، يرجع المديون على الموكل لأن العبرة لما في نفس الامر لا لخطأ الظن

كذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال ليبرأه عن الكفالة لا يصح ، ويرجع بما اداه وفي بطلان الكفالة روايتان . والكفيل بالمال لو اوفى الدين الذي كفله على ظن انه باق في ذمة الأصيل ، ثم تبين ان الدائن استوفاه من الأصيل او ابرأه ، يسترده . وكذا العكس : بأن اداه الأصيل غير عالم باداء الكفيل .

كذلك لو ادعت على رجل نكاحاً فأنكر فصالحها على مال بذله لها ، لا يجوز ويسترده . لأنه لا يخلو : اما ان يكون النكاح ثابتاً اولا . فان لم يكن ثابتاً

٩٠-أ

كان دفع المال اليها من الرجل في معنى الرشوة . وان كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح ، لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج ، فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء ، فلا يجوز . فهو ظن يُبَيِّن الخطأ

كذلك لو ادعى على انسان الفاً وانكر المدعي عليه فصالحه على مائة درهم على ان يقر له بالألف ، فهو باطل ، لأن المدعى لا يخلو : اما يكون صادقاً في دعواه الالف واما ان يكون كاذباً . فإن كان صادقاً فالالف واجبةٌ على المدعي عليه ، ويكون اخذ العوض عليه في معنى الرشوة ، وانه حرام . وان كان كاذباً في دعواه ، فإقرار المدعى عليه بالألف التزام المال ابتداءً ، وانه لا يجوز .

كذلك لو قال المدعي للمدعى عليه : احلف وانت بريء من هذا الحق الذي ادعيته ، أو انت بريء من هذا الحق ، ثم اقام البينة ، قبلت بينته . لأن قوله انت بريء يحتمل البراءة للحال ، اي بريء عن دعواه وخصومته للحال ، و يحتمل البراءة عن الحق ، فلا يحمل ابراءً عن الحق بالشك ، اي فلا عبرة لظن ان هذا الابراء صحيح .

كذلك كل امر يوجب نقض القسمة بعد وقوعها ، كما لو ظهر دينٌ على الميت بعد القسمة اذا طلب الغرماء ديونهم ، ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال انفسهم ، او اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارثاً آخر غائباً تنقض قسمتهم ، اذ لاعبرة للظن البيّن خطئوه .

كذلك لو اشترى من رجل داراً بالف ثم زاده بالثمن ، فعلم الشفيع بالألفين ولم يعلم ان الألف زيادة ، فأخذها بألفين بقضاء القاضي ، فالقاضي يبطل الزيادة المحكوم بها لأنها غير ثابتة شرعاً بحق الشفيع فكان القضاء بها قضاءً بما ليس بثابت — وهذا بطلان القضاء في بعض القضية —

كذلك لو اخبر انها بيعت بحنطة فسلم ، ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته كقيمة الحنطة او اقل او اكثر ، يبقى على شفعته ولا يصح التسليم ، لأن الحنطة والشعير مختلفا الجنس . وقد تبين خطأ ظنه .

كذلك لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت بها الحوالة ، كما

لو احال البائع على المشتري رجلاً بثمن المبيع ، فاستحق المبيع ، نبطل الحوالة .

كذلك لو سمىً ما يصلح مهراً واشار الى ما لا يصلح مهراً ، بأن قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حرٌ ، او على هذه الذكية فاذا هي ميتة ، او على هذا الدنّ الخل فاذا هو خمر ، فلعدم صلاحية المشار اليه للمهر ولعدم اعتبار الظن الخطأ . قال الإمام ابو حنيفة بوجوب المصير الى مهر المثل — ولو كان الأمر بالعكس اي سمى ما لا يصلح مهراً واشار الى ما يصلح مهراً ، بان قال تزوجتك على هذا الخمر فاذا هو عبد ، روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ان التسمية فاسدة ولها المشار اليه ، وروى محمدٌ عنه ان لها مهر المثل — فعلى الرواية الاولى الاعتبار للاشارة لا للتسمية البين خطؤها ، وعلى الثانية لا تكون الاشارة ولا التسمية معتبرة فلها مهر المثل ، وعلى كل لم يعتبر الظن البيّن خطؤه .

كذلك لو حلف ليشربنّ الماء في هذا الكوز ولا ماء فيه ، ان كان لا يعلم ذلك لا تنعقد يمينه عند ائمتنا الثلاثة ، لان من شرائط ركن اليمين وجود المحلوف عليه ، ووجود المحلوف عليه هنا وهو الماء في الكوز ولا ماء ، مستحيل غير متصور الوجود والله تعالى وان كان قادراً على خلق الماء ، الا ان ذلك المخلوق لا يكون الماء الذي وقعت يمينه عليه فكان الاعتبار لنفس الامر — وهو عدم وجود الماء — لا لما ظنه خطأ . بخلاف ما لو كان عالماً بعدم وجود الماء ، لأنه اذا كان عالماً فانما انعقد يمينه على ماء آخر يخلقه الله تعالى .

كذلك لو باع العبد بيعاً باتاً غير عالم بجنايته فلم يخاصم فيها ، حتى رد العبد اليه بقضاء القاضي او بخيار رؤية او شرط ، يقال له ادفع او افدِ لأنه اذا لم يعلم بالجناية لم يصر مختاراً للفداء ولو باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختاراً للفداء ، لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع ، فالعبرة لنفس الامر لا للظن الخطأ .

كذلك لو شهد رجلان عدلان او رجل وامرأتان على الرضاع بين الزوجين وفُرّق بينهما ، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها ، لأنه تبين ان النكاح كان فاسداً . وانْ بعد الدخول بها يجب بها الأقل من المسمى ومهر المثل ، ولا تجب النفقة والسكنى كما في سائر الانكحة الفاسدة ، اعتباراً لنفس الأمر لا لما تبين من الظن الخطأ . كذلك لو فرض القاضي لها على الزوج نفقة سنة مثلاً كل شهر

كذا، وابتداء الفرض كان في شوال فابرأته عن شهر ذي القعدة او ذي الحجة وهي في شوال حتى مضى ذو القعدة ، ولم يدفع لها بناءً على الابراء ، فطالبته بنفقتها، يجبر على ذلك ولا عبرة بهذا الابراء لأنه خطأ . لأن القاضي لما فرض لها نفقة كل شهر ، فإنما فرض لمعنىً يتجدد بتجدد الشهر ، فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض ، وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر الثاني واجبةً لأنه اسقاطٌ للشيء قبل وجوبه فلا يجوز (فتح) نعم لو ابرأته عما مضى او شهر هي فيه صح ، لأنه انما يتنجز بدخوله . وهكذا الايام بنسبة الشهر فيصح الابراء عما مضى من ايام الشهر او عن يوم هي فيه (الكل من البدائع والزيلعي والفتح والدر وحواشيه).

وفي صلح البزازية : ادعى على انسان مالاً وصالحه على مال ، ثم بان الحق على انسان آخر ، يرد البدل

وفي آخر صلح الاشباه : ادعى مالاً فأنكر فصالحه ثم ظهر ان لا شيء عليه . بطل الصلح — واما فروع هذه القاعدة من العبادات فلرجع اليها في باب قضاء الفوائت من الزيلعي وغيره ، وفي القاعدة السابع عشرة من الاشباه .

المادة ٧٣ - لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل .

مثلاً لو اقر احد لأحد ورثته بدينٍ فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الاقرار حرمان سائر الورثة مستندٌ الى دليل كونه في المرض ، واما اذا كان الاقرار في حال الصحة جاز واحتمال ارادة حرمان سائر الورثة حينئذ من حيث انه احتمالٌ مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجية الاقرار

هذه القاعدة تحتاج الى تمهيد ليتضح ما انطوت عليه من الفوائد . اعلم اولا ان الدليل تابعٌ للدلالة في الاشتقاق . فاذا عرف معنى الدلالة عرف معنى الدليل . وهي لغة الارشاد ، واصطلاحا ، كما في فصول البدائع « كونُ الشيء بحيث يلزم

من العلم به العلم او الظن بشيء آخر ، او الظن به الظن بشيء آخر لزوماً ذاتياً او مع القرائن» - فهذه اقسام ثلاثة : ما يلزم من الظن به العلم بشيء آخر ، وهذا محال عقلاً لا شرعاً . وذلك لأن الدليل اذا كان ظنياً يحصل منه للمجتهد وجوب العمل والفتوى به في حقه وحق مقلديه . فحصول اليقين من الادلة الظنية لا يحصل الا لمجتهد يفيده الظن جزماً لكن في حقه وحقه مقلده كما سمعت ، ولذا لم يقطع بتخطئة المخالف اجتهاداً . ثم ان كون الظن علة للجزم، ثبت بالاجماع المتواتر على وجوب العمل الذي هو اثر الجزم . فهذا يتألف من مقدمتين قطعيتين ، وهما : هذا مظنون المجتهد ، وكل ما هو مظنون المجتهد فهو مجزوم به قطعي في حقه وحق مقلده . اما كون الصغرى قطعية فظاهر لأن ثبوت ظن الحكم له وجداني ، والانسان يقطع بوجود ظنه كما يقطع بوجود عطشه وجوعه . واما كون الكبرى قطعية : فقالوا : للدليل القاطع على وجوب اتباع الظن وعنوه انه الاجماع كما نقله الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في رسالته ثم الإمام الغزالي في مستصفاه (تحرير) .

وقال في فصول البدائع : والتحقيق ان مناط الحكم اي علته قد يكون نفس المحل ، كحرمة لحم الخنزير ، وقد يكون وصفاً خارجاً كحرمة لحم المذكاة اذا اشتبه مع لحم الميتة . وكون ظن المجتهد مناطاً لقطعية الحكم من القبيل الثاني . ثم ان التلازم بين الدال والمدلول في الدلالة المار تعريفها ، ان كان بالوضع فدلالة الشيء على الغير وضعية ، وتكون لفظية وغير لفظية كالعقد والنصب . او بالعقل ، كدلالة الصوت من وراء جدار على المصوت ، والكتابة على الكاتب . واختار في التحرير دخول الدلالة الطبيعية كأح على وجع الصدر في العقلية ، فلا حاجة لجعلها قسيمة لها كما جعلها بعضهم وانما اوردنا هذا التمهيد ليعلم ان الدليل المذكور في القاعدة الذي يترجح به احد الاحتمالين ، لا يخلوا عن اقسام الدلالة المذكورة .

ثم ان لفظ «دليل» المأخوذ في القاعدة كلي مشكك لا متواطئ لتفاوت افراد مفهومه بالشدة والضعف كالأبيض اذ ليس من شرط ترجيح المحتمل استناده الى دليل قطعي ، بل كما سيتضح لك من الفروع الآتية قد يكون بالعلامة كظاهر

الحال . فالدليل شامل للقطعي والظني والعلامة . بل اكثر حجج الشرع التي هي طريق الحكم — حتى البينات — ظنية لاحتمال كذب الشاهدين او غلطهما . وحتى الاقرار ، لأنه يحتمل الصدق والكذب من حيث انه اخبار لا انشاء .

فمن فروعها : لو اقر الرجل بدين لأحد ورثته ، فإقراره هذا يحتمل الصدق ، ويحتمل ان يكون قصده تخصيص احد الورثة بشيء من ماله وحرمان غيره . فان كان في حال الصحة صح اقراره لأن احتمال هذا القصد توهم عار عن الدليل ولا عبرة للتوهم فيكون الاقرار حجة يعمل بها . راجع المادة ١٥٩٨ — وان كان في حال المرض لا ، الا ان يصدق الورثة ، لأن هذا الاحتمال تقوى بدليل عقلي وهو المرض ، فلا يكون اقراره حجة لترجح احد الاحتمالين على الآخر بالدليل . بخلاف اقراره لأجنبي فإنه يصح بمنزلة اقراره في الصحة . لأن هذا من حوائجه فإنه يحتاج الى اظهار ما عليه ليفك رقبته ، وحاجته مقدمة على حق الورثة ، فقد اورث المرض تهمة في اقراره للوارث .

قال في المبسوط : الأصل ان كل تصرف يتمكن المرء من تحصيل المقصود به انشاء ، لا يتمكن التهمة في اقراره ، فيكون صحيحاً ، ومتى لم يقدر على تحصيل مقصوده بطريق الانشاء ، كان متهماً في الاقرار به ، فلا يصح اقراره في حق الغير — الا ترى ان الوكيل بالبيع قبل العزل ، اذا قال كنت بعت كان اقراره صحيحاً . بخلاف ما بعد العزل . والمطلق قبل انقضاء العدة اذا اقر انه راجع ، صح اقراره ، بخلاف ما بعد انقضاء العدة . فيجب الاحتمال الناشيء عن دليل ، كما لا اقرار لمتهم ، لا شهادة له ايضاً فيما فيه دفع مغرم او جر مغنم .

ومنها لقيط بعد ان بلغ مبلغ الرجال وجرى عليه شيء من احكام الأحرار كقبول شهادته وحد قاذفه ونحو ذلك — اقر انه عبد فلان ، صح اقراره . ولكن لا تبطل تصرفاته السابقة التي لا يملكها العبد من هبة وكفالة واعتاق ونكاح . وذلك لأن حريته كانت ثابتة من حيث الظاهر ، فلا يصدق في حق الغير ، لأن الانسان متهم في اقراره على غيره — ولو ان الملتقط حينما التقطه ادعى انه عبده لا تسمع ، لأن ظاهر الحال يشهد للطفل ، اذ الأصل الحرية وظاهر الحال حجة في الجملة . لكن اذا اثبت بالبينة يكون مملوكاً له لأن دليل

الحربة ، اعني ظاهر الحال ، عارضه ما هو اقوى وهو البينة الشرعية . فحجية ظاهر الحال ضعيفةٌ امام حجية الشهادة .

ومنها لو لشترى داراً لها شفيع ، وقبل ان يخاصمه الشفيع في الشفعة قال : انما اشتريتها لفلان » وسلم اليه ، ثم حضر الشفيع ، فلا خصومة بينه وبين المشتري ، لأنه اقر قبل ان يكون خصماً للشفيع ، فصح اقراره لانعدام التهمة ، ولم يعارضها احتمالٌ ناشئٌ عن دليل — ولو اقر بعد ما خاصمه الشفيع ، لا تسقط الخصومة ، لأن متهم في هذا الاقرار لصيرورته خصماً للشفيع ، فلا يقبل في ابطال حقه ، لان قيام الخصومة دليلٌ على هذا القصد . هذه أمثلة لحجية الاقرار اذا عارضها احتمال ناشئٌ عن دليل يبطلها .

ومن فروع هذه القاعدة ايضاً ترجيح البينات اذا تعارضت . فاذا تعارض بينتان فقد يكون الترجيح مستنداً الى اثبات خلاف الظاهر كالشهادة على كونه اقر مكرهاً او طائعاً ، ترجح بينة الاكراه لانها اقوى اثباتاً ، لأن الأصل الطوع — او الى زيادة لم تكن في الاخرى كاختلاف المتبايعين في مقدار المبيع او الثمن ، ترجح بينة مثبت الزيادة لانها لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر ، لخلوها عن المعارض ، ولا يمكن الا بالعمل في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة - او لاستناد احدى البينتين الى دليل اوجب ترجيحها على الاخرى . مثلاً ادعى خارج وذويد بما في يده ملكاً مطلقاً عن الوقت ، وبرهنا ، ترجح بينة الخارج عندنا ، لاستنادها الى دليل وهو انها اظهرت له سبق اليد ، لانهم شهدوا له بالملك المطلق ، ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق الا لعلمهم به ، ولا يحصل لهم العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ، ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد ، فان شهدوا للخارج فقد اثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهرٌ ثابتٌ للحال ، فكانت يد الخارج سابقةً على يده ، فكان ملكه سابقاً ضرورة ، واذا ثبت سبقُ الملك للخارج يقضي ببينته . فقد اثبتوا له سبق الملك دلالة كما لو اثبتوه نصاً بسبق التاريخ ، لان هذا تاريخ من حيث المعنى ، بخلاف النتاج ، لان هناك لم يثبت سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه . لان النتاج مما لا يحتمل التكرار ، فيطلب الترجيح من وجه آخر ، فاذا لم يوجد ترجيح بينة

ذي اليد باليد .

وقد تكون الشهادة غير حجة لمعارضة دليل حسي لها اقوى منها يكذبها ، لما في وقف الخيريه : لو كانت الشهادة بمسوغات الاستبدال يكذبها الحس كما لو شهدوا بأن الدار سائغة للاستبدال لانهدامها ، وحكم القاضي بشهادتهم ، و بيعت كما ذكر ثم شهدت اخرى لدى حاكم بانها عامرة حين الاستبدال الى هذا الزمان ، وكان الحس يقضي بأن عمارتها او ان الاستبدال هي العمارة القائمة في هذا الزمان ، فالقضاء بشهادة شهود الاستبدال حينئذ باطل ، اذ هو مبني على بينة يكذبها الحس ، فهو بمنزلة من جاء حياً بعد الحكم بموته . اما اذا لم تكن كذلك ، فلا .

وفيها من الفتاوى الصغرى : : اذا قامت على خلاف المشهور المتواتر لا تقبل ، وهو ان يشتهر و يسمع من قوم كثير لا يتصور اجتماعهم على الكذب .

وفي البزازية في شهادة النفي : قال في المحيط إن تواتر عند الناس ، وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى عليه ، ويقضي بفراغ الذمة ، لأنه ، يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ، والضروريات مما لا يدخلها الشك اهـ — فهذا كله داخل في القاعدة اذ لا حجة للمرجوحة مع الراجحة .

ومن فروع القاعدة ايضاً ظاهر الحال فإنه من الحجج الشرعية ، لكن تتفاوت درجاته عند التعارض ، فالأضعف دلالةً لا حجية له مع الاقوى — قال في التنوير آخر باب التحالف : رجلٌ معروفٌ بالفقر والحاجة ، صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة ، وذلك بداره ، فادعاه رجلٌ معروفٌ باليسار ، وادعاه صاحب الدار ، فهو للمعروف باليسار .

وكذا كنّاس في منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول الذي على عنقه هي لي ، وادعاه صاحب المنزل ، فهي لصاحب المنزل . رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بانه ملاّح ، فالدقيق للذي يعرف ببيعه ، والسفينة لمن يعرف بأنه ملاّح ، عملاً بالظاهر اهـ —

(ولا يخفى ان كل واحدة من هذه المسائل يشهد فيها ظاهر الحال لمتنازعين ، وله جهتان احداهما اقوى من الاخرى فلا حجة للأضعف مع الأقوى لأنه احتمالٌ ناشئٌ عن دليل .

ومنه ما في باب دعوى الرجلين : اللابس للثوب احق من آخذ الكم ، والراكب احق من آخذ اللجام ، الى ان قال : الحائط لمن جذوعه عليه او متصل به اتصال تربيع ، لا لمن له هرادى ، بل يكون بين الجارين لو تنازعا ، ولا يخص به صاحب الهرادي ، بل صاحب الجذع الواحد احق منه (خانية)

ومعنى النفي في قول المجلة (لا حجة الخ) نفيُ جدواها وفائدتها بحيث لا يعتدّ بها مع الاحتمال الناشىء عن دليل — والا فالأمثلة المتقدمة في الإقرار والبينات المرجوحة وظاهر الحال لولا معارضتها بالاحتمالات المدألة ، لكانت حجة في نفسها فلا بد من تقدير خبرٍ مناسبٍ للا النافية للجنس ، اى لا حجة مقبولة او مفيدة مع الاحتمال الخ . والنفي منصبٌ على القيد ، فتبصر .

المادة ٧٤ - لا عبرة للتوهم

اي لعدم استناد التوهم الى دليلٍ عقلي ، او حسي ، بل هو احط درجة من الشكّ . وقد ذكروا اصلاً كما في البدائع ، بأنّ ما لم يكن ثابتاً اذا وقع الشك في ثبوته لا يثبت مع الشك ، فكيف مع التوهم ، فهو باطلٌ لا يثبت معه حكمٌ شرعي ، كما لا يؤخر لأجله حكمٌ شرعي .

فمن الأول مالواشتبهت عليه القبلة فصلى الى جهة بدون تحرٍّ واجتهاد ، لا تصح صلاته لابتناءها على مجرد الوهم ، بخلاف مالو تحرى وصلى مع غلبة الظن ، تصح صلاته ، وان اخطأ القبلة .

ومن الثاني كما في المادة ١٧٢٦ « اذا مات الشهود او غابوا بعد اداء الشهادة في المعاملات فللحاكم ان يزكيهم ويحكم بشهادتهم » اي فلا يؤخر لما عسى اذا حضروا يرجعون عن شهادتهم ، لأن هذا امرٌ موهوم ، فلا عبرة له . . فلو مات مديون عن تركةٍ مستغرقةٍ بالديون ، وطلب الغرماء من القاضي بيعها وتقسيم اثمانها بينهم بالغرامة ، يفعل ولا يؤخر العمل بمجرد احتمال ظهور دائن آخر ، اذ لا عبرة للتوهم . فلو فرض ظهور دائن آخر ، يستوفي حقه على حسب الاصول المشروعة . انظر المادة ١١٦١

ومن فروعها ما في البدائع : الدار شفيعان ، واحدهما غائب ، فللحاضر ان

يأخذ كل الدار بالشفعة ، لأن سبب ثبوت الحق على الكمال وُجد في حقه ، وقد تأكد بالطلب ، ولم يعرف تأكد حق الغائب لأنه يحتمل ان يطلب وان لا يطلب او يعرض ، فلم يقع التعارض والتزاحم ، فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم ، بل يقضى له بالكل عملاً بكمال السبب من غير تعارض ، ولا عبرة للوهم — بخلاف ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم ، فهلك الرجل وترك الف درهم ، وأحد صاحبي الدين غائب ، فإنه لا يسلم الى الحاضر الا خمسمائة ، لأن هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد ، فيقسم بينهما على السوية ، لوقوع التعارض والتزاحم .

ومنها ما في التنوير : يمنع صاحب سفلٍ عليه علوٌ لآخر من ان يتد في سفله او يفتح كوةً بلا رضى الآخر عند ابي حنيفه رضي الله تعالى عنه ، وقالا لكل فعلُ ما لا يضر. قال في رد المحتار : والذي حط عليه كلام (المنية) ان الخلاف فيما اذا اشكل الضرر ، فيمنع عنده ، وهو القياس ، لتعلق حق كلٍ منهما فيما في ملك الآخر ، لا عندهما — اي فعلى قولهما الضرر مشكوكٌ ولا عبرة للشك ، فيكون من جزئيات القاعدة .

ومنها : قال لجاريةٍ مملوكةٍ له ، حمل هذه الجارية حرٌ . فإن ولدت لأقل من ستة اشهر من وقت التكلم عتق ، وان ولدت لستة اشهر فصاعداً لم يعتق ، لانها اذا ولدت لأقل من ستة اشهر من وقت اليمين ، تيقنّا بوجوده في ذلك الوقت ، لأن المرأة لا تلد لأقل من سته اشهر . وان ولدت لأكثر ، حصل الشك في وجوده ولا عبرة له ، فلا يبنى عليه حكم .

ومنها ما جاء في المادة ١٢٠٣ : اذا كان لواحد شباكٌ فوق قامة الانسان ، فليس لجاره ان يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلماً وينظر الى مقر نساء ذلك الجار ، لأن هذا الاحتمال تومٌ غير مستند الى دليل — اقول : لكن لو اراد الصعود الى الشباك لغرض ، فعلى مقتضى ما ذكروا من حكم الصعود على سطحه او على شجرة في داره اذا صعد عليها يطل على مقر نساء جاره كما في المادة (١٢٠٥) ، يلزم عليه ان يخبر جاره .

ومنها ما جاء في المادة ١٧٤٠ والمادة ١٧٤١ : ان احد اسباب الحكم القرينة

القاطعة ، وان القرينه القاطعة هي الأمارة البالغة حد اليقين . مثلاً اذا خرج احدٌ من دارٍ خاليةٍ خائفاً مدهوشاً وبيده سكين ملوثة بالدم ، فدخل الدار ، ورُئي فيها شخصٌ مذبوحٌ في ذلك الوقت ، فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ، ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة ، كأنْ يكون الشخص المذكور قتل نفسه .

ومنها ما في عتق البدائع : قال لعبده ان اديتَ اليَّ كراً من حنطة فأنت حر ، فادى اليه كراً من حنطة جيدة ، وخلّى بينه وبين الكر ، يكون اداء وان لم يقبضه بيده ، لأن التخلية تُعد قبضاً استحساناً . لكن لو ادى اليه حنطة رديئةً لا يكون مجرد الوضع بين يديه قبضاً ، بل لا بد من صريح القبول . فإن لم يوجد القبول صراحةً لا يعتق ، لأن حقيقة القبول في هذه الصورة من المحتملات المتوهمة ، فلا عبرة لها .

ومنها ما في الدرر والدر المختار وغيرهما من باب الربا : ان الربا في مبادلة المالين هو الفضل الخالي عن العوض ، فلا يحل اخذه وعلته وجود القدر والجنس معاً . وقد صرحوا بأنه اذا وُجدا حَرُم الفضل والنسأ ، وان عُدما حلاً . وان وُجد احدهما فقط ، حلّ الفضل لا النسأ . وانما حل الفضل مع وجود احدهما ، لأن الجنس وحده او القدر وحده اعني الكيل والوزن جزء العلة ، وجزء العلة وان كان لا يوجب التحريم ، لكنه يورث شبهةً ، والشبهة في باب الربا ملحقة بالحقيقة ، وهي انما تكون بالنسيئة ، لأن احد البدلين معدومٌ وبيع المعدوم غير جائز ، فصار هذا المعنى مرجحاً لتلك الشبهة فلم تحِلّ . لكن انما تكون اذا اتفق القدر بأن يكون كلا البدلين وزنياً او كيلياً مع اختلاف الجنس كبيع الحنطة بالشعير — وان اختلف بأن كان احدهما كيلياً والآخر وزنياً كإسلام الحنطة بالزيت ، تضعف الشبهة وتنزل الى رتبة شبهة الشبهة ، فلا حكم لها ، اذ لا عبرة للتوهم .

ومنها ما في الدر المختار : علم انه حلف ولم يدر بطلاق او غيره ، لغا . كما لو شك طلّق ام لا . ولو شك اطلّق واحدةً او اكثر ، بنى على الأقل . الا ان يستيقن بالأكثر ، او يكون اكبر ظنه . (رد المحتار عن الاسبيجابي) .

ومنها ما في البدائع وغيره : جرح انساناً ثم ان المجروح بعد ان قام اياماً وبرأ من الجرح مات لا عن شيء من الجراحة بأجلهِ ، فطلب وارثه القصاص من الجارح

بمجرد توهم انه مات من الجرح ، لا تسمع دعواه بناء على التوهم – لكن ذكر هناك: إن مات من شي منها المجروح وجب القصاص ، لأن الجراحة صارت بالسراية نفساً . وان لم يمت فلا قصاص في شيء منها .

ومنها اراد احدٌ ان يضع في محلٍ من داره تبناً او حطباً ، فأراد جاره منعه باحتمال انه اذا احترق يسري انزله ، ليس له منعه . انظر المادة ١١٩٢ .

ومنها لو وجد اراضٍ موقوفةٌ من القديم او بصفة الملك في بلدةٍ فتحت عنوةً ، وبقيت اراضيها خراجية في يد اهلها الذين قهروا عليها ، يحكم بصحة وقفيتها او ملكيتها ، ولا يتعرض لها بأن يقال يحتمل ان اهلها الذين كانوا مقرين عليها انقرضوا وصارت لبيت المال فيكون وقفها غير صحيح ، لأن هذا توهمٌ لا دليل عليه فلا عبرة له — وعلى فرض تحقق انها من بيت المال ، فاستمرار اليد عليها والتصرف فيها تصرف الملاك في املاكهم او النظار فيما تحت ايديهم الأزمان المتطاولة ، قرائن ظاهرةٌ على اليد المفيدة لعدم التعرض لمن هي تحت يده ، لاحتمال انها كانت مواتا فأحييت ، او وصلت اليهم شراء من بيت المال اهـ ملخصاً من الدر المختار ورد المحتار .

المادة ٧٥ – الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

والبرهان ، و يعبر عنه بالدليل والحجة في اصطلاح الميزانيين ، هو القياس المركب من مقدمات يقينية لا نتاج اليقين ، و بتعبير آخر ، قولان فصاعداً يكون عنه قول آخر او عبارةٌ عن وسطٍ يستلزم حصول امرٍ في المحكوم عليه ، اعني الحد الاصغر . وعند الأصوليين ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه الى مطلوبٍ خبريٍ — فالدليل عند الميزانيين على اثبات الصانع هكذا : العالم حادثٌ ، وكل حادثٍ فله صانع .

وعند الأصوليين هو العالَم نفسه ، فبصحة النظر فيه يفرق بين الحق والباطل والصحيح والفاسد — ومعنى صحة النظر توجهه الى وجه الدلالة ، اعني ما به ينتقل الذهن ، كالحدوث للعالم . واما اذا كان النظر فاسداً فلا انتقال حينئذٍ الى المطلوب الخبري .

واعلم ان صحة النظر انما تكون في وجه الدلالة . فان كان وجه الدلالة صحيحاً

كان النظر صحيحاً . وان كان وجه الدلالة فاسداً كان النظر فاسداً مثلا: قولنا (العالَم متغير وكل متغير له صانع) فالنظر صحيح . لدلالة التغير على الحدوث وان كان وجه الدلالة فاسداً كان النظر فاسداً . كما لو قلنا (العالَم بسيط وكل بسيط له صانع) فالنظر فاسد اذ البساطة ليست مما ينتقل منه الى ثبوت الصانع ، وان افضى اليه في الجملة اهـ ملخصاً من التفتازاني على شرح مختصر المنتهى .

والبرهان في اصطلاح الفقهاء هو البينة الشرعية ، وهو المراد هنا — والعيان (بالكسر) مصدر عاينته معاينة وعياناً . وما قاله الشارح الفاضل علي حيدر افندي من ان العيان (بالفتح) مأخوذ من عان الماء والدمع اذا سال ، فلم اره في القاموس وشرحه ، ولا في الصحاح ، والعهدة على الناقل . كيف وقد صرح في القاموس : اعانني وعاونني ولا يقال عانني ، لأن العرب لم تنطق بثلاثيه ، فلا يقال عان يعون ، وانما اعل استعان من استعون مع انه لم ينطق بثلاثيه ، لأنه ، اي ثلاثيه ، في حكم المنطوق . ولهذا جاء اعان يعين بالاعلال اهـ . نعم ورد في كلامهم عان يعين بمعنى اصابه بالعين .

ومعنى القاعدة ان الثابت بالبينة الشرعية كالثابت بالمعاينة في كونها حجة ملزمة . فكما ان من اقر لخصمه بحق امام الحاكم ثبت الحق عليه بدون اشتباه ، ولزم على الحاكم الحكم عليه ، كذلك المنكر اذا اقام عليه خصمه شاهدين شهدا عليه بالحق او على اقراره به ، لزم ، ولا فرق بينهما في الحجية ، لأن الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان .

واعلم ان القياس ، يأبى كون الشهادة حجة في الاحكام كما في مبسوط السرخسي وغيره ، لأنها خبر محتمل للصدق والكذب ، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة . ولأنها خبر الآحاد ، وهو لا يوجب العلم ، والقضاء ملزم فيستدعي سبباً موجباً للعلم كالتواتر والمعاينة — لكن ترك القياس بالنصوص كقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم — الآية) وقال سبحانه (اثنان ذوا عدل منكم) وذلك لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر اقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة .

واعلم ان خبر الآحاد اعني ما دون التواتر اما ان يكون خبراً اي حديثاً عن

النبي صلى الله عليه وسلم ، او لا . فإن كان حديثاً وكان محل الخبر اي الحادثة التي ورد فيها ، من الاعتقاديات، فهذه لا تثبت بإخبار الآحاد لابتنائها على اليقين ، وخبر الآحاد لا يفيد اليقين .

وان كان وروده في حقوق العباد، تثبت فيها احكامه سواء كانت عبادات او عقوبات .

وان لم يكن الخبر حديثاً بل كان في معنى الشهادة ، فهذا لا يخلو : ان كان فيه الزام محض ، فلا يثبت الا بلفظ الشهادة بالشروط المذكورة في الفقه كالعدالة والعدد عند الامكان ، صيانةً لحقوق العباد ، ولأن فيه معنى الالزام ، فيحتاج الى زيادة توكيد — وان لم يمكن العدد ، فلا يشترط ، كشهادة القابلة .

وان لم يكن فيه الزام اصلاً كالوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا وما اشبه ذلك كالودائع والأمانات ، تثبت بإخبار الواحد بشرط التمييز دون العدالة ، فيقبل فيها خبر الفاسق والصبي والكافر ، لأنه لا الزام فيها ، اذ له ان لا يقبل شيئاً من ذلك . وللضرورة اللازمة ، فإن في اشتراط العدالة في هذه الامور غاية الحرج .

وان كان فيه الزام من وجه دون وجه كعزل الوكيل ، فإن فيه الزاماً من حيث يبطل عمله في المستقبل ، وليس بإلزام من حيث ان الموكل يتصرف في حقه . ومثله حجر المأذون وفسخ الشركة ، وكأنكاح الولي البكرَ البالغة ، فإنه — من حيث انه لا يمكن لها التزوج في المستقبل على تقدير نفاذ هذا الانكاح ، — الزام ، ومن حيث انه يمكن لها فسخ هذا الانكاح ، ليس بإلزام — ففي هذا القسم ينظر : ان كان المخبر وكيلاً او رسولاً ، يقبل خبر الواحد غير العدل . وان كان فضولياً ، يشترط اما العدد او العدالة .

المادة ٧٦ - البينة على المدعي واليمين على من انكر

البينة هي الحجة الواضحة . قال تعالى (أرأيتم ان كنت على بينةٍ من ربي) — وفي الزبيدي على القاموس : يقال بان الشيء وأبان واستبان وتبين وبين ،

اي ظهر واتضح — وتأتى هذه الصيغ ايضاً متعدية : يقال بنت الشيء وابنته واستبنته وتبينته و بينته ، اي اظهرته واوضحته · واليمين موءنث ، وهي القسم. سميت باسم يمين اليد لأنهم كانوا يتماسحون بأيمانهم فيتحالفون · وفي الصحاح : لأنهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل امرأ منهم يمينه على يمين صاحبه · يجمع على أيمن (بضم الميم) وأيمان ·

واليمين باصطلاح الفقهاء تطلق على نوعين : احدهما تاكيد المخبر به وتقويته نفيًا او اثباتا بالقسم باسمه تعالى · ثانيهما التعاليق ، اعني الشروط التي يتعلق بها مثل الطلاق والعتاق ، وسيأتي الكلام فيه في المادة ٨٢ ·

وهذه القاعدة بعينها لفظ حديث مشهور ، تلقته الأئمة بالقبول ، منقول في شرح العناية بهذا اللفظ — وفي رواية : « البينة على المدعى واليمين على المدعي عليه » وفي رواية مسلم واحمد : « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم لكن البينة على المدعي »

وفي البدائع من الدعوى : جعل النبي صلى الله عليه وسلم البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعي عليه · والمعقول كذلك ، لأن المدعي يدعي امراً خفياً فيحتاج الى اظهار ، وللبينة قوة اظهار ، لأنها كلام من ليس بخصم ، وهم الشهود فجعلت حجة المدعي · — واليمين وان كانت موءكدة بذكر اسم الله عز وجل ، لكنها كلام الخصم ، فلا تصلح حجة مظهرة للحق ، وتصلح حجة المدعي عليه لأنه متمسك بالظاهر ، وهو ظاهر اليد ، فحاجته الى استمرار حكم الظاهر ، وان كانت كلام الخصم · فهي كاف للاستمرار ، فكان جعل البينة حجة المدعي ، وجعل اليمين حجة المدعي عليه ، وضع الشي في موضعه ، وهو حد الحكمة اه ·

وهذا من جوامع الكلم · ففي مبسوط السرخسي ملخصاً من الدعوى : استنبط العلماء من هاتين الجملتين الكريمتين ما بلغ دفاتر · قال : وفي هذا الحديث الشريف بيان المغايرة بين المدعي والمدعي عليه ، فميز احدهما عن الآخر بما ذكر ·

ثم قال : هذا الحديث يشتمل على احكام بعضها يعرف عقلاً و بعضها شرعاً · فقوله صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعي » يدل على انه لا يستحق بمجرد الدعوى ، وهذا معقول : لأنها خبر يحتمل الصدق والكذب ، والمحتمل لا

يكون حجةً ، فدل على انه يستحق بالبينه . وهذا شرعي : لأن الاحتمال موجود ايضاً في اخبارهم — وان كانوا عدولا — لعدم عصمتهم ، فحصول البينات والاستحقاق بشهادتهم شرعي .

كذلك قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعي عليه » يدل على ان القول قوله ، لأنه متمسكٌ بالأصل وهو الذمة ، أو انتفاء حق الغير عما في يده ، وهذا عقلي — و يدل على توجه اليمين عليه ، وهذا شرعي .

والسر في ذلك ان المدعى عليه بالإنكار صار متو يئاً حقه ، فالشرع نجعل له حق الاستحلاف ليتلف عليه نفسه ان كان كاذباً ، مقابلةً للاتواء بالاتواء -- وان كان المدعي عليه صادقاً ، نال الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم ، ولا يتضرر .

وفيه دليلٌ على ان جنس البينات في جانب المدعين : لذكرها بلام التعريف ، فيقتضى استغراق كل الجنس ، فلا تبقى بينة في جانب المدعي عليه . اي لما تقرر في الأصول ان لام التعريف تحمل على الاستغراق وتُقدّم على تعريف الحقيقة ، اذا لم يكن هناك معهودٌ وهنا كذلك . ومثله تعريف اليمين في جانب المدعي عليه فلا تبقى يمينٌ في جانب المدعى ، لأن مطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه ، اي لان القسمة تنافي الشركة ، لأن الشركة تقتضي عدم التمييز ، والقسمة تقتضي التميز ، وهما متنافيان .

فيكون ذكر البينة بالتعريف حجةً للإمام ابي حنيفة على الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنهما ان بينة ذي اليد على اثبات الملك لنفسه غير مقبولة في معارضه بينة الخارج ، بل يقضي ببينة الخارج . وعند الإمام الشافعي في أحد قوليه تتهاتر البينتان ، و يبقى المدّعى به لذي اليد . وفي قوله الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به له قضاء ملك ، وتوجيه القولين مذكورٌ في المبسوط .

كذلك ذكر اليمين معرفةً باللام ، يكون دليلاً للإمام الأعظم في انه لا ترد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه . قال في فتح القدير : وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينةٌ اصلاً ، وحلّف القاضي المدعي عليه فنكل ، تُردُّ اليمين على المدعي . فإن حلف قضى به ، والا لا ، لأن الظاهر صار شاهداً واحداً

وعجز عن اقامة شاهد آخر ، فإنه ترد اليمين عليه ، فإن حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء .

وحجة للإمام الأعظم ايضاً في انه لا يجوز القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي ، اذ لا يمين في جانب المدعي كما عرفت .

وفي الزيلعي : معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما يبنى عليه مسائل الدعوى ، وقد اختلفت عباراتهم في حده . في اكثر المتون : المدعي من اذا ترك ترك ، والمدعى عليه بخلافه ، وهو حد صحيح جامع لأفراد المحدود ، مانع من دخول غيره فيه — وقيل : المدعي من لا يستحق الا بحجة ، كالخارج ، والمدعى عليه ، من يستحق بقوله من غير حجة ، كصاحب اليد . وقيل : المدعي من يلتمس غير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . وقال محمد رحمه الله تعالى : في الأصل المدعى عليه هو المنكر ، والآخر هو المدعي . غير ان التمييز بينهما يحتاج الى فقه ودقة ذكاء ، اذ العبرة للمعنى دون الصورة ، فإنه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى ، وهو انكار في المعنى ، كالمودع اذا ادعى رد الوديعة ، فإنه مدع للرد صورة ، وهو منكر للوجوب معنى ، فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ، ولا يحلفه على انه ردها لان اليمين تكون على النفي ليتحقق الإنكار ، لأنه ينكر الوجوب عليه ، والأصل براءة الذمة ، فكان القول له .

﴿ تنبيه ﴾

هذه القاعدة في المتخاصمين يكون احدهما مدعياً فقط فالحكم فيها ان البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه المنكر — وفي بعض الدعاوي قد يكون كل من المتخاصمين مدعياً من وجه ، منكراً من وجه ، وذلك في جميع مسائل ترجيح البينات ، لأن كلاً منهما يقرر دعواه وينكر دعوى خصمه . فالحكم فيها ان البينة تطلب اولاً من الطرف الراجح ، فإن اظهر العجز فمن الطرف المرجوح ، فإن عجز يحلف ويحكم له انها ملكه ولا يعدل عن هذه القاعدة ، حتى لو قال المدعى عليه للمدعي ان حلفت أن لك في ذمتي فانا اؤديه لك ، فحلف ، لا يلزمه شيء .

ج — م

المادة ٧٧- البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل

وذلك لأن من يكذبه الظاهر اشد احتياجاً لتقوية كلامه ممن يصدقه الظاهر والبينات لكونها من كلام غير الخصمين ، اقوى حجةً من اليمين ، لكونهـا من كلام الخصم اعني المدعى عليه ، فجُعلت للمدعين — واليمين حجة من يتمسك ببقـاء الأصـل والظاهر على حاله ، فجعلت للمدعى عليه ، لأن ظاهر الحال يشـهد له .

مثلاً العقل والصغر والسلامة من العيب وبراءة الذمم واضـافة الحادث الى قرب اوقاته هي الأصل . والجنون والكبر والعيب ومشغولية الذمم ، وهكذا كل ما كان من الصفات العارضة ، واضافة الحادث الى ابعد اوقاته ، خلاف الأصل . وفي العقود والاقرارات الأصل هو الصحة والطوع ؛ واما الفساد والاكراه فخلاف الأصل ، بل الأصل فيها العدم . والأصل في العارية والوكالة التقييد ، وفي المضاربة والكفالة الاطلاق — ففي هذا كله ، عند الاختلاف ، القول قول من يتمسك بالأصل بيمينه ، والبينة بينة من يتمسك بخلاف الأصل .

كذلك الأصل ابقاء ما كان على ما كان وخلافه خلاف الأصل . انظر المواد (٥ و٨ و٩ و١١) وراجع شروحها .

فلو اختلف المتبايعان ، فقال المشتري البيع وفاء ، وقال البائع باتٌ ، فالبينة على مدعي الوفاء لأنه خلاف الأصل ، واليمين على من انكره . وعلى هذا لو ادعى احدهما التلجئة والآخر البتات ، او الاكراه والآخر الطوع ، فالبينة على من يدعي التلجئة او الاكراه ، وعلى الآخر اليمين .

ولو ان المحال عليه ادى مال الحوالة ، وقال للمحيل مالك عليّ شيء وقد قضيت دينك بأمرك فلي ان ارجع عليك ، وقال المحيل لا بل كان لي عليك الف ، كان القول قول المحال عليه (خانية) لأن الأصل في الذمم البراءة . والمحال عليه اذا مات فقال المحال له توى المال عليه فارجعُ عليك ايها المحيل ، فقال المحيل ادى ،

فالقول للمحال ويرجع على المحيل ، اي لأن الاداء عارض والأصل في الصفات العارضة العدم .

وفي القول الحسن: مات عن زوجة واخ ، وابنه مات ايضاً ، فقال الأخ مات اخي بعد موت ابنه ، وقالت الزوجة بل مات اخوك قبل موت ابنه ، فالقول للمرأة والبينة بينة الأخ . والأصل في هذا الجنس ان الورثة متى اختلفت في تاريخ موت الاقارب ، فالبينة بينة من يدعي زيادة الارث ، والقول قول من ينكر .

دَفَع العارية الى من زعم انه استعارها من المالك وانه امره بالقبض منه ، وقد انكر المالك ذلك ، ضمن ، لأنه يدعي على المعير الأمرَ بالدفع ، وهو ينكر ، فالقول قول المعير بيمينه لتمسكه بالظاهر وهو عدم الاذن ، والبينة بينة المستعير لتمسكه بخلاف الظاهر — ولو ان المحجور عليه مثلاً قال ان ما صدر مني من التصرف القولي وقع بعد الحجر فلا ينفذ ، وقال خصمه قبل الحجر ، فالقول قول المحجور والبينة على خصمه ، لأن الأصل اثبات الحادث الى اقرب اوقاته .

وفي البزازية : زعم الغاصب انه صبغه ، وزعم المالك انه اخذه منه مصبوغاً ، او في بناء الدار ، او حلية السيف ، فالقول للمالك ، اي لإنكاره حدوث فعل الغاصب . وان برهنا ، فبينة الغاصب ، لاثباتها خلاف الظاهر .

وفروع هذه القاعدة لا تدخل تحت الحصر لأن جميع ما يحدث من الخصومات والدعاوي المتنوعة من مسائل الفقه لا تخلو عن ذلك .

ثم انه يؤخذ من هذه القاعدة ان كل من يتمسك بالظاهر القول قوله بيمينه — وقد يوجد في بعض المواضع من يكون القول قوله بلا يمين ، نوردها تتميماً للفائدة ففي كتاب القول الحسن : قال الوصي لليتيم انفقت عليك كذا من مالك ، وذلك نفقة مثله ، او قال ترك ابوك رقيقاً فانفقت عليه من مالك كذا ، ثم مات ، او ابق ، وقال الصغير ما ترك ابي رقيقاً ، او قال الوصي اشتريت لك رقيقاً واديت الثمن من مالك وانفقت عليه كذا ، فهو مصدَّق في ذلك كله مع اليمين قال « لم » (رمزاً لحاصل مجمع الفتاوى): الأ ان مشايخنا كانوا يقولون لا نستحسن ان يحلف الوصي اذا لم يظهر منه خيانة .

ومنها ما في الفصولين رامزاً للسيد الإمام ناصر الدين وشروط الخصّاف ومختصر الزيادات عن محمد رحمه الله تعالى : قاضٍ باع مال اليتيم فردّه المشتري عليه بعيب، فقال القاضي ابرأتني منه ، فالقول قوله بلا يمين — وكذا لو ادعى رجلٌ قبله ارضاً ليتيم واراد تحليفه ، لأن قوله على وجه الحكم . وكذا في كل شيء يدعي عليه .

وعن ابي يوسف: ادعى الموهوب له هلاك الموهوب عند ارادة الواهب الرجوع فالقول له بدون اليمين . ومنها : قال الكفيل بالنفس للمكفول له في اليوم المشروط سلمت اليك المكفول ، وانكر المكفول له ، فالكفالة على ما هي عليه في الابتداء ولا يمين على واحد منهما ، لأن كلا منهما مدعٍ ، الكفيلُ البراءةَ ، والطالب الوجوبَ ، ولا يمين على المدعي . ومنها : اذا اشترى عبدٌ من عبدٍ شيئاً فقال احدهما انه محجور ، وقال الآخر انا وانت مأذون ، فالقول له بدون اليمين .

ومنها : اذا اشترى داراً بجاه الشفيع وانكر المشتري ، وقال انها لابني الصغير ولا بينة للشفيع ، لا يحلف المشتري . ومنها : اشترى لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في الثمن ، فالقول قول الأب بدون اليمين . ومنها ما في ادب القاضي : اقر وصي بالنفقة على اليتيم ، او القيم على الوقف ، ومال الصبي والوقف في يده ، او نحو ذلك من الامناء بمثل ما يكون في ذلك الباب، قُبِلَ قوله بلا يمين اذا كان ثقةً ، لأن في اليمين تنفير الناس عن الوصاية ، فإن اتهم قيل يُستحلف بالله ما كنتُ خنتُ في شيء مما اخذت — وقيل ينبغي للقاضي ان يقدر شيئاً فيستحلف عليه ، وكذا فيمن ادعى خيانةً مطلقةً على مودَعه ، قيل لا يستحلف حتى يقدر ، وقيل يستحلف بالله ما خان فيما ائتمن ، فان حلف برأ ، وان نكل يُجبر على بيان ما نكل عنه — ومنها عدم الاستحلاف في الحدود ، الا السارق ، فإن نكل ضمن ولا يقطع (تنوير)

اقول : وتوجد مسألةٌ لا بينة فيها ولا يمين ، وذلك في فرض النفقة لزوجة الغائب وطفله وابويه في مالٍ له من جنس حقهم عند من يقرّ به وبالزوجية وبقرابة الولاد ، فإنه لو جحد المال او النكاح لا تقبل بينتها على المال ، لأنها ليست بخصم في اثبات الملك للغائب ، ولا على الزوجية ، لأن المودَع والمديون ليسا بخصم في اثبات النكاح على الغائب ، ولا يمين عليهما ، لأنه لا يستحلف الا من كان خصماً .

كذا في الدر المختار ورد المحتار نقلاً عن الخانية ·

واعلم انه يوجد في بعض المواضع من يكون القول قوله وترجح بينته ايضاً فيجتمعان في جانب واحد ويتوهم اختلال القاعدة ، وليس كذلك ، لأن الاعتبار للمعاني لا للصور — فقد ترجح لمعنىً خفي باعتباره صار المطلوب منه اليمين هو المدعي ، والآخر مدعي عليه ، لتضمنه الزام الخصم بشيء ينكره ، او غير هذا من الدقائق التي لا تدرك في بادىء النظر · الا ترى الى ما في البدائع وغيرها في حكم تعارض الدعو بين: اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة ، فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بألفين ، واقاما البينة ، انه يقضي ببينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وان كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة انما تقبل من المدعي لأنها جعلت حجة المدعي في الأصل ، والمدعي هناك هو الشفيع لوجود حد المدعي فيه ، وهو ان يكون مخيَّراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها · فاما المشتري فمجبور على الخصومة ، فكان هو مدعى عليه ، والبينة حجة المدعي لا حجة المدعى عليه في الأصل ، لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشتري ·

ومن المواضع التي يكون فيها اليمين والبينة من طرف واحد ما في القول الحسن : باع عبداً من رجل وتصادقا على انه كان آبقاً ، فقال البائع بعتكه في إباقه ، وقال المشتري بعتنيه بعد ما اخذته ، كان القول قول مدعي الصحة ايهما كان · فلو اقاما بينةً فبينة المشتري ارجح ، ومدعي الصحة في مثالنا هو المشتري ·

وكذا لو اشتري خلاً ، ثم ادعى انه اشتراه بعد ما صار خلا ، وقال البائع لا بل بعته حين كان خمراً ، كان القول قول مدعي الصحة — وهو المشتري هنا —

وان اقاما البينة ، كانت الشهادة على بيع الخمر بعد ما صار خلا اولى— والحكم في ذلك ظاهر : اما كون القول قوله فلأنه متمسك بالأصل وهو صحة البيع · واما ترجيح بينته ، فلأنه يدعي على البائع صحة العقد وتملك المبيع وهو ينكر ·

ومنها اذا قال رب السلم اجلتك شهراً وقد مضى ، وقال المسلم اليه لم يمض انما اخذت السلم منك الساعة ، فالقول قول المطلوب ، وعلى الطالب البينة ، ولو اقاما البينة فالبينة بينة المطلوب ايضاً ، لأنه يدعي عليه فعل الأخذ او مدة الأجل

والآخر ينكر – ومنها ما في الفتاوي الهندية من خيار الشرط : رجلٌ باع عبداً من رجلٍ بألف درهم على ان البائع فيه بالخيار ثلاثة ايام ، وقبضه المشتري ، فمضت المدة ، فقال احدهما ايها كان ان العبد مات في الثلاث وانتقض البيع ووجبت القيمة ، وقال الآخر لا بل هو حيٌّ آبق ، فالقول قول من يدعي انه حي آبق . وان اقاما البينة كانت البينة بينة من يدعى انه حي آبق ، فايهما ادعى انه حي آبق فالقول قوله والبينة بينته ايضاً ، لأنه يدعى على خصمه مضي العقد على الصحة واللزوم والآخر ينكر .

المادة ٧٨ – البينة حجةٌ متعدية والاقرار حجة قاصرة

البينة الحجة القوية كما في المادة (١٦٧٦) ومتعدية من تعديت الشيء تجاوزته الى غيره (صحاح) والاقرار هو اخبار الانسان عن حقٍ عليه لآخر كما في المادة (١٥٧٢) وقاصرة من قصر عن الشيء اذا عجز عنه . و يقال قصرتُ النفس على الشيء اذا حبستها عليه ولم تتجاوز الى غيره . وقصرته قصراً حبسته . وامرأةٌ قاصرة الطرف لا تمده الى غير بعلها – وانما كانت البينة حجةً متعدية لأنها لا تصير حجة الا بقضاء القاضي ، لأنها كاسمها مبينةٌ لِما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة ، اذ الشهود لا يتمكنون بشهاداتهم من اثبات ملك للمشهود له في الحال ما لم يكن ثابتاً في الأصل ، ولا القاضي ، وانما تُظهر ما كان ثابتاً ، فيحتاج في اثبات الملكية الى قضاء القاضي ، وللقاضي ولايةٌ عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة . واما المقر فله ولايةٌ على نفسه دون غيره ، فإنه يقدر على انشاء الملك للمقر له في الحال بدون قضاء فيقتصر عليه ضرورة صحة الخبر – اه بنوع تلخيص واختصار من الزيلعي والفتح . يظهر لك الفرق فيما لو اشترى جاريةً فولدت عنده لا منه ، فاستحقها رجلٌ ببينة ، فقضى القاضي بالأم ، يتبعها ولدها . وان اقرَّ بها المشتري له لا – والوجه ما تقدم من ان البينة اظهرت ملكية المستحق لها من الأصل قبل انفصال الولد عنها فيستحقها بزوائدها كالولد والارش ، والاقرار ليس كذلك .

ففي التنوير : الملك الثابت بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة ، فلا يملكها المقر له . ولهذا صرحوا في باب الاستحقاق ان المشتري يرجع على البائع بالثمن في الاستحقاق بالبينة . اما اذا كان باقرار المشتري او بنكوله ، فلا .

ثم ان تعدية البينة تكون في المحكوم به كما مر من المثال في ولد الجارية ، وفي محل الحكم اعني المحكوم عليه . فإن القضاء على المشتري الأخير يتعدى الى المشتري قبله ، وهو بائعه ، والى بائع بائعه ، وهكذا الى البائع الاول . ولا تسمع دعوى احد منهم انها ملكه — وعن هذا تبين ان الشهادات لما لم تكن حجة الا بحكم الحاكم ، صرحوا بأنها لا تقام الا على خصم . واما الإقرار فلا يتوقف كونه حجة على القضاء ، بل هو مبنيٌ على زعم المقر ، فيجوز من غير خصم ، ولا يجوز على الغير

وهذه القاعدة اصلٌ لفروع كثيرة منها المثال المذكور — ومنها ما في التنوير : — الوصي لا يجوز اقراره بدينٍ على الميت ولا بشيء من تركته انه لفلان ، الا ان يكون المقر وارثاً فيصح في حصته ، وهو ما اختاره ابو الليث وابن ابي ليلى ، ومشت عليه المجلة في المادة ١٦٤٢ ولا يتعدى الى الورثة .

ومنها ما في الدر المختار من الوقف : يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وان خالفت كتاب الوقف ، لكن في حق المقر خاصة ، فاذا مات ترد الى من جعله الواقف له ، فإقراره قاصرٌ عليه لا يتعدى الى غيره .

وهنا مسائل خلافية بين الإمام وصاحبيه . فعلى قولهما تدخل تحت القاعدة — وعلى قوله يتبادر الى الفكر انها مستثناة . و بالتأمل ليست بمستثناة لأنها غير داخلة لما سنبينه . ذكرها في الخانيه فيما تنتقض به الاجارة وما لا تنتقض به .

الأولى : آجر داره ولم يكن عليه دينٌ ظاهرٌ ثم اقر بالدين على نفسه وكذبه المستأجر ، قال ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه : يصح اقراره و يفسخ القاضي الاجارة بينهما باقراره بالدين . وقال صاحباه لا يصح اقراره .

الثانية : المرأة اذا اقرت على نفسها بالدين لغير الزوج وكذبها الزوج ، صح اقرارها و يكون للغريم ان يحبسها بالدين .

الثالثة : المحبوس بالدين اذا اقر ببعض ما له لرجل يثق به ، او لبعض ورثته ، عند الإمام ابي حنيفة يصح اقراره ، حتى يقضي القاضي بعسرته ويخرجه من الحبس

اما المسئلة الاولى على قول الامام، فالوجه فيها ما في شرح الزيادات للإمام العتابي : ان الأصل في هذا الباب ان اقرار الانسان على غيره لا يصح ، وذلك بأن يتضمن اقراره بطلان حق الغير بحيث يضاف البطلان الى اقراره . والاجارة لم تنتقض بمجرد اقراره بالدين ، بل بطريقة وهي ان يبيع الدار او لا . فاذا باع وهو لا يقدر على التسليم لتعلق حق المستأجر ، فالمستأجر من الآجر يرفع الأمر الى القاضي و يطلب منه فسخ البيع او تسليم الدار اليه ، فالقاضي يمضي البيع وقاية للآجر عن ضرر لم يلتزمه بالعقد، وهو حبسه بالدين ، ثم يأخذ الثمن من المشتري و يدفعها الى الغريم ، الا ان يكون للمستأجر حق من اجرة معجلة فتدفع له اولاً ، ويجب الأجر على المستاجر الى ان يمضي القاضي بيع الآجر اھ — فكان انفساخ الاجارة بسبب الحكم بنفاذ البيع، واقعاً ضمناً لا قصداً.

والحاصل ان المقر يتصرف في ذمة نفسه بالتزام الدين ، ثم يتعدى الى حق المستأجر ، وحق المستأجر انما يبطل بعد البيع وتنفيذ القاضي اياه ، فلا يضاف البطلان الى اقرار الآجر حتى يكون اقراراً على الغير ، فيصح . وعندهما لا يصدق في حق المستأجر حتى لا يجوز للقاضي نقض الإجارة بامضاء البيع الا اذا صدقه المستأجر في الاقرار ، لأن هذا اقرار على الغير فإنه يتضمن ابطال حق المستأجر ، فلا يصدق .

وعلى هذا اقرار الزوجة بالدين مع ان زوجها يتضرر بحبسها ، لأنها تصرفت في ذمتها ولها هذا الحق وانشغال ذمتها يستدعي مطالبتها وتكليف القاضي لها بالأداء، فتحبس . فالاقرار بذاته ليس علة الحبس بل علة العلة ، والحكم ، كما في الاصول، يضاف للعلة لا لعلة العلة —

وكذا المحبوس بالدين اذا اقر وتبين للقاضي عسرته فاخرجه من الحبس يتضرر غريمه الذي حبسه في دينه . لكن هذا الاقرار يلاقي الذمة اولاً ، وللمقر حق التصرف في ذمة نفسه . ثم بناء على مشغولية الذمة تبين عسرته فيخرج من الحبس ، فكان ضرر غريمه غير مضاف للاقرار — هذا خلاصة الأصل المنقول في الزيادات .

ومن فروع القاعدة ما في المبسوط من باب اقرار الرجل على نفسه وعلى غيره :

قال: لفلان علي وعلى فلان الف درهم ، فجحد الآخر ، لزم المقر الآخر نصفه لأنه عطف الآخر على نفسه ، والعطف يقتضي الاشتراك في الخبر ، واقراره على نفسه حجة وعلى الآخر ليس بحجة ، فلا يلزمه شيء .

وفيه ايضاً : رجل ادعى عبداً في يد رجل ولم يكن له بينة ، وطلب يمينه فنكل المدعى عليه عن اليمين ، فإنه يقضي بالعبد للمدعي . فإن اقر بعد ذلك ان العبد كان لآخر ، لم يصح اقراره لأنه صادف ملك الغير ، ولا ضمان عليه في ذلك لأنه ما اتلف شيئاً ولكنه تحرز عن اليمين ودفع الى الأول بأمر القاضي وقضاؤه لا يضمن للثاني شيئاً . ومنها ما جاء في المادة ١٦٤٢ : لو ادعى احد ديناً على ميت له تركة بمواجهة احد الورثة واقام بينته فحكم له ، يتعدى الحكم الى سائر الورثة ، وليس لهم ان يكلفوا المدعي لاعادة البينة بحضورهم . — ولو كان بموجب اقرار احد الورثة لا بالبينة ، يؤخذ من حصته بقدر ما اصابها من الدين . فلو كانت التركة مائة درهم مثلاً والوارث اثنان ، واقر احدهما له بخمسين ، وانكر الآخر ، يستوفى من حصته خمسة وعشرون ، وهو مقدار ما اصابه من الدين ، تدفع للمقر له ، ويأخذ اخوه الجاحد خمسين — ولو ان احد الابنين اقر بأخ ثالث وانكر الآخر يعطي المقر له ثلث ما في يد المقر ، وهذا قول ابي الليث وابن ليلى ومشت عليه المجلة في المادة ١٦٤٢ .

ومنها ما في الهداية وغيرها ، مات ابوه فاقر بأخ ، لم يثبت نسبه ، لما فيه من حمل النسب على الغير ، والاقرار لا يتعدى ، لكن يشاركه في الارث ، لأن هذا اقرار على نفسه وله ولاية عليها ، فيصح . وفي مثل هذا جائز ان يكون الاقرار مقبولاً بجهة ، غير مقبول بجهة اخرى ، كمن اشترى عبداً ثم اقر ان البائع كان اعتقه قبل البيع ، يقبل اقراره في حق العتق ، ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البائع (بدائع من الاقرار) . والراهن لو اقر بالمرهون لآخر ، لا ينفذ اقراره على المرتهن ، والمقر له ان شاء ادى الدين وفك الرهن ثم يرجع به على الراهن ، وان شاء ضمن الراهن قيمته — كذلك من فروعها المادة ١٣٨٤ الى غير ذلك من مسائل من ابواب الفقه لا تدخل تحت الحصر ، فيكفي هذا القدر .

ثم ان البينة المحكوم بموجبها قد تكون متعدية في حق كافة الناس ، وذلك في

مواضع الحرية الأصلية والنسب والولاء والنكاح والعتق وتوابعه كالتدبير والاستيلاد . راجع احكامها مفصلةً في باب الاستحقاق — وقد لا يتعدى للكافة، بل لمن يشمله حكم القاضي في تلك الحادثه كالحكم على ذي اليد في الاستحقاق ، يكون حكمًا عليه وعلى من تلقى الملك منه وهكذا . ومثله كما مر: الحكم على احد الورثة بدين على مورثهم ، يتعدى الى جميعهم .

واعلم ان حجية الاقرار ، امدم التهمة فيه ، اقوى من حجية الشهادة . فلو اجتمعا يحكم بالاقرار لأنه اقوى ، الا اذا مست الحاجة لتعدية الحكم ، فيحكم حينئذٍ بالبينة ، كدعوى الاستحقاق وما شاكلها ، ليكون للمحكوم عليه حق الرجوع على بائعه — وكون الاقرار حجةً قاصرةً لا ينافي ان حجيته اقوى من البينة ، كما ان كون البينة حجةً متعديةً لا تنافي انها اضعف من الاقرار ، لان الجهات والعلل مختلفة كما تقدم بيانه .

المادة ٧٩ - المرأ مؤآخذ باقراره .

في الفتح : محاسن الاقرار كثيرة ، منها اسقاط واجب الناس عن ذمته ؛ وقطع السنتهم عن مذمته ، ومنها ايصال الحق الى صاحبه ، وتبليغ المكسوب الى كاسبه ، فكان فيه نفع صاحب الحق ، وارضاء خالق الخلق — ومنها احماد الناس المقر بصدق القول . والاقرار لغةً إفعال من قرَّ الشيء اذا ثبت . فالاقرار اثباتٌ لما كان متزلزلاً بين الاقرار والجحود . وشرعاً اخبارٌ عن ثبوت حقٍ للغير على نفسه ، وهو خبرٌ كان متردداً بين الصدق والكذب في الأصل، فكان محتملا بحسب ظاهره ، والمحتمل لا يكون حجة ، ولكنه جعل حجةً اولاً بدليل العقل ، وهو ظهور رجحان الصدق على الكذب ، فإن عقله ودينه يحملانه على الصدق و يزجرانه عن الكذب ، فكان الصدق ظاهراً فيما اقر به على نفسه ، فوجب قبوله والعمل به .

وثانيًا بدليل الشرع وهو قوله تعالى (فليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه

ولا يبخس منه شيئاً) اي فليملل المديون الذي عليه الحق على الكاتب ، لأنه المقر المشهود عليه — فالله تعالى امر باملاء من عليه الحق ، فلو لم يلزمه بالاملاء شيءٌ لما امر به ، والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار .

وايضاً نهي عن الكتمان بقوله عز وجل (فليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً) وهو آية على لزوم ما اقر به — وقال تعالى (أأقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا) ولو لم يكن الاقرار حجةً لما طلبه .

وحيث كان المرء مؤآخذاً باقراره ، فلا يقبل رجوعه لأنه تناقض . فلو اقر زيدٌ لعمرو بمبلغ معلوم من الدراهم ديناً عليه ، ثم ادعى الغلط والخطأ ، لم يقبل (خانية) الا اذا اقر بالطلاق بناءً على ما افتى به المفتي ، ثم تبين عدم الوقوع ، فإنه لا يقع كما في جامع الفصولين يعني لا يقع ديانةً ، وبه صرّح في القنية (منح آخرَ الاقرار) — ولو اقر لزيد بألف درهم ، ثم ادعى انه اداها ، ينظر : ان كان في ذلك المجلس ، لا يقبل منه . وان ادعى ذلك في مجلس آخر ، يقبل .

و يتحقق التناقض ما لم يكن الاقرار مكذباً بحكم الحاكم او من قبل الشرع — مثال الاول : ادعى مستحقٌ عيناً في يد رجل ، فقال ذو اليد هي لفلان اشتريتها منه ، واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك ، يرجع على بائعه و يسترد ثمن المبيع ولا يمنع هذا اقراره بأنه ملك بائعه لانه صار مكذباً بحكم الحاكم . راجع المادة ١٥٨٧ والمادة ١٦٥٤ .

كذلك لو اختلف المشتري والبائع في مقدار الثمن ، فقال المشتري الفٌ ، وقال البائع الفان ، واثبت البائع دعواه بالبينة وحكم الحاكم بألفين ، ثم طلبها الشفيع يأخذها بالفين ، ولا ينظر لإقرار المشترى انها بألف لكونه صار مكذباً بالحكم .

كذلك لو ادعى زيدٌ على عمرو مبلغاً معلوماً من جهة الكفالة ، فانكرها عمرو ، واثبتها زيدٌ بالبينة ، فحكم على عمرو باداء المبلغ المكفول به ، له الرجوع على الأصيل المكفول عنه ، ولا عبرة لإنكار عمرو الكفالة لأنه صار مكذباً بحكم الحاكم . وفي الهندية من باب الاستثناء والرجوع : قال لفلان عليَّ الفٌ لا بل خمساية ، فعليه الف . ولو قال له على درهم ابيض لا بل اسود ، فعليه افضلهما . وكذلك الجيد والردي . — والأصل ان كلمة لا بل اذا دخلت بين مقدارين

فإن كان المقر له اثنين ، لزمه المالان جميعاً ، اتحد الجنس او اختلف . وان كان المقر له واحداً ، ان كان الجنس مختلفاً لزمه المالان جميعاً ايضاً ، وان كان الجنس متحداً لزمه اكثر المالين وافضلهما . كذا في الظهيرية .

ومثال الثاني اعني التكذيب من قبل الشرع ، ما لو طلق ذات حمل او ولد وقال لم اطأها ، فله ان يراجعها ، لأن الحبل اذا ظهر منه بأن ولدت لستة اشهر او ولدت في عصمته بعد ستة اشهر ، ثبت نسبه منه ، فيبطل زعمه بانه لم يطأ بتكذيب الشرع — فان قيل قوله لم اجامعها صريح في عدم الجماع ، وثبوت النسب دلالة الجماع ، والصريح اقوى من الدلالة ، قلنا الدلالة من الشارع اقوى من الصريح الصادر من العبد — والفقرة الاخيرة — من المادة ١١٢٧ متفرعة على هـذه القاعدة .

واما بيان ركن الاقرار وشرط جوازه ، وما يكون اقراراً وما لا يكون ، ومن يصح له الاقرار ومن لا يصح ، ومن يصح منه ومن لا يصح ، وبيان وجوه صحته ، فارجع في هذا الى كتاب الاقرار .

المادة ٨٠ - لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم مثلا لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به اولاً لا ينتقض ذلك الحكم وانما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به .

الحجة عند الفقهاء تطلق على البينة والاقرار . لكن المراد بها في هذه المادة البينة فقط ، لأن الاقرار حجة وان كان مع التناقض ، وسيأتي بيانه . والتناقض التنافي بين الكلامين بحيث يلزم من صدق احدهما كذب الآخر ، فهو غير مقبول ولا تقوم به حجة ، ومعلوم ان رجوع الشهود عن شهادتهم تناقض ، كأنهم يقولون نشهد ولا نشهد ، فكانت شهادتهم اولاً ثم رجوعهم ثانياً متساوبين

في ان كلامهم الثاني ليس اولى من كلامهم الأول ، ولا الأول اولى من الثاني ، فتعارضا وتناقضا . غير انه ان كان القاضي حكم بشهادتهم قبل الرجوع ، لا ينقض لترجحه بلحوق الحكم قبل ظهور التناقض — فهذه المادة تحتوي على فقرتين: خلاصة الاولى: المتناقض لا يصلح حجة - - والثانية : الحكم بعد وقوعه لا يرفع بالتناقض . فالفقرة الثانية الاستدراكية وقعت من قبيل الاحتراس ، وهو ان يأتي المتكلم بمعنى يتوجه عليه فيه دخل فيفطن له ، فيأتي بما يخلصه من ذلك . يقع في كلام الله تعالى نحو (اسلك يدك في جيبك تخرج بيضاء من غير سوء) فاحترز سبحانه بقوله (من غير سوء) عن امكان ان تدخل في البرص والبهق وغير ذلك = وهنا لما قال لا حجة مع التناقض ، يتبادر الى الذهن ان الشهود ، حيث ظهر تناقضهم بالرجوع و بطلت شهادتهم ، يبطل ما وقع من الحكم بها ، فاستدرك هذا بأن التناقض لا يختل معه حكم الحاكم ، وانما يلزم الشاهدين ضمان ما شهدوا به .

وعلى هذا عبارات الفقهاء ، منها ما في الهداية : اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم ، سقطت ، لأن الحق انما يثبت بالقضاء ، والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ، ولا ضمان عليهما لأنهما ما اتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المشهود عليه — فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا فلا يفسخ الحكم وان كان آخر كلامهم يناقض اوله ، لأن الحكم لا ينقض بالتناقض ، وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان ، والتناقض لا يمنع صحة الاقرار اه اي لان الرجوع اقرار على انفسهم والانسان كما تقدم غير متهم في الاقرار على نفسه ، فلا يمنعه التناقض — واما كون فعلهم هذا يوجب الضمان مع انهم ما اتلفوا بشهادتهم بل الذي اتلف هو حكم القاضي والضمان على المباشر لا المتسبب ، اذ حكم القاضي علة للتلف ، والحكم يضاف الى علته ، فوجهه كما في العناية ان قضاءه وان كان علة للتلف ، لكنه كالملجأ من جهتهم ، فكان التسبب منهم تعدياً فيضاف الحكم اليهم .

يقول الضعيف : شهادتهم لما كانت مفضية الى قضاء القاضي كانت بمنزلة علة العلة ، وتسمى عند الاصوليين علة في حيز السبب . وهي من انواع ما يكون علة اسماً ومعنى ، لا حكماً ، لتراخي الحكم عنها تراخياً رتبياً بالتوسط . راجع شرح

المرآة وغيرها من بحث العلة .

ثم ان الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة الحاكم سواءً كان الأول او لا ، لأنه فسخٌ للشهادة ، وهو مختص بمجلس الحكم ، فالرجوع مختص به (عناية) — فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان ، وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلاً حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل ، لأن السبب صحيح .

وفي الفتح : و يتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهدٌ بالرجوع في غير المجلس ، واشهد على نفسه به و بالتزام المال ، لا يلزمه شيء . ولو ادعي عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع — ولو اقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعاً عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه اليه — ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ، و يقضي بالضمان عليهما .

يقول الضعيف : وهل لزوم الضمان مقيدٌ بما اذا قبض المدعي المال ديناً كان او عيناً ، ام مطلقاً قبض او لم يقبض ؟ — قال في الهداية . وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال ديناً كان او عيناً لأن الاتلاف به يتحقق . لكن في البزازية : والذي عليه الفتوى ، الضمان بعد القضاء بالشهادة ، قبض المدعي المال ام لا — وفيها: شهدا بمال فقضي به ، ثم ادعى المشهود عليه واراد تحليفهما ، ليس له ذلك . وهذا ليس على اطلاقه وفيه تفصيل : فإنه اذا ادعى الرجوع في غير مجلس الحكم ، او ادعى الرجوع المطلق وبرهن عليه ، لا يقبل . وان لم يجد بينةً على ذلك الرجوع لا يحلف لأنه ادعى رجوعاً باطلاً . وان ادعى الرجوع عند الحاكم ولم يدّع الحكم بشهادته ، ولا ايجاب الضمان عليه ، لا يصح . وان ادعى الرجوع في مجلس الحاكم بعد الحكم يصح . وان لم يدّع الحكم بالرجوع والحكم بايجاب الضمان يقبل عليه البينة و يستحلف . ثم اتى بصيغة التضعيف فقال : وقالوا اذا لم يدع الحكم عليه بالرجوع وايجاب الضمان لا تصح الدعوى ولا الشهادة عليه . واستبعد قاضيخان توقف صحة الرجوع على الحكم به او بالضمان ، فلذلك تركنا ذكر ذلك القيد واطلقناه كلامها — اقول: اي قيد الحكم بالرجوع و بالضمان ، بل يكفي ان تكون الدعوى بالرجوع عن الشهادة

في مجلس الحكم بعد الحكم بها ، سواء ادعى انه قضى بالضمان و بالرجوع او سكت عن ذلك .

والحاصل ان دعوى المشهود عليه رجوعَ الشاهدين عن شهادتهما انما تصح اذا كان رجوعهما في مجلس الحكم وكان القاضي حكم بها ، قبض المدعي المال المشهود به او لا ، ديناً كان او عيناً ، ولا تتوقف صحة دعواه على حكم القاضي بالرجوع ولا على حكمه بالضمان ، على ما في البزازية وخزانة المفتين والبحر ، خلافاً لما في الهداية والملتقى . قال في البزازية : وكذا العقار يضمن بالشهادة الباطلة : بعد الرجوع ان اتصل القضاء بالشهادة .

المادة ٨١ — قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل مثلا

لو قال رجل ان لفلان على فلان كذا ديناً وانا كفيل به وبناء على انكار الاصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل اداؤه .

هذه القاعدة تتمة للقاعدة المشهورة ، وهي: اذا سقط الأصل سقط الفرع . فلو ابرأ الدائن الأصيل عن الدين ، يبرأ الكفيل تبعاً . فالفرع تابع دائماً للأصل في السقوط ، لا في الثبوت ، فإنه قد يثبت الفرع دونه ، كالمثال المذكور في المادة . فإن دين الأصيل هو الأصل ، ودين الكفيل فرع ، وقد ثبت عليه في هذه الصورة دون الأصيل ، لكونه اقرّ على نفسه ، والاقرار قاصر عليه لا يتعدى لى غيره . وهذا يصلح مثالاً للقاعدة ٧٨ .

لكن انما يثبت الدين على الكفيل دون الأصيل لو قال وانا كفيل به على الاطلاق ، كما في المثال — فلو قيد بالأمر بأن قال وانا كفيل به بأمره واثبت ذلك ، او اقر له بالأمر الأصيل المديون ، يؤاخذ .

كذلك لو ادعى الزوج الخلع فانكرت المرأة بانت ولا يثبت المال ، مع انه هو الأصل ، والخلع فرع .

ج — ١

المادة ٨٢ — المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

الشرط بالمعنى المصدري مشتقٌ من شرطت عليه كذا شرطاً واشترطت عليه بمعنى الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه من العقود . وفي الحديث نهى عن بيعٍ وشرطٍ . جمعه شروط — واما اشراط ، فجمع شرط (بفتح الراء) وهي العلامة ، ومنه اشراط الساعة علاماتها .

و يطلق على ما يقع في العقود من القيود التي تذكر في الكلام من صفةٍ او حالٍ او شرطٍ او استثناء او لفظ نحو : على ان يكون كذا او بشرط كذا . يقال لذلك القيد شرطٌ وللمقيد مشروطٌ كجعلت غلة وقفي هذا على العلماء الفقراء ، وان دخلت الدار راكباً فعبدي حر ، وانا كفيلٌ بمالك على زيد ان سكن هذه البلدة ، وآجرتك داري الا هذا البيت ، وضاربتك بهذه الألف على ان تعمل بها في الكوفة ، و بعتك هذا على ان تعطيني به كفيلاً ، وما اشبه ذلك .

و يطلق في اصطلاح الشرع على الخارج الموقوف عليه المشروط بدون تأثير به كالعلة ، ولا افضاء كالسبب ، مثل الوضوء للصلوة ، والشهود للنكاح ، ويسمى عند الأصوليين شرطاً محضاً يوجب عدمُه عدمَ المشروط لتوقف صحته عليه — و يقابله الجعلي ، اعني الشرط اللغوي ، وهو المقرون بأداة الشرط لفظاً ، كإن واخواتها وكلما ، كإنْ دخلت الدار فأنت حر ، او معنىً ، نحو : المرأة التي اتزوجها طالقٌ — وهذا هو التعليق ، اعني ربطَ حصولِ مضمون جملةٍ بحصول مضمون جملةٍ أخرى ، وهو المراد هنا .

والفرق بين المعلّق بالشرط والمقيد بشرط ، ان الحكم يقع بالمقيد في الحال ، وفي المعلق يتأخر الى زمان وقوع الشرط ، والا يلزم وجود المشروط قبل وجود الشرط ، وسيأتي تحقيق ذلك في آخر شرح المادة .

وخلاصة ما تحرر ان العقود اما ان تكون معلقةً بالشرط ، او مقيدةً بشرط . فالمعلق شرطه يجب ان يكون المعلق عليه معدوماً على خطر الوجود ليصدق عليه

قولـــ المادة « المعلق بالشرط الخ » والاً فلو كان محقق الوجود يكون تنجيزاً لا تعليقاً ، كمن قال لزوجته ان كان السماء فوقنا فأنت طالق ، يقع للحال . وكذا لو قال لمديونه ان كان لي في ذمتك الف درهم فقد ابرأتك منها ، وكان في نفس الأمر مديوناً له في ذلك ، صح الابراء لأنه تنجيز . ومثله ان كان هذا الحانوت ملكي فهو وقفٌ على كذا ، صح الوقف — ولو كان مستحيل الوجود ، كان التعليق باطلاً نحو : ان دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق .

وقول المادة « المعلق بالشرط » اي الذي يصح شرعاً تعليقه بالشرط . وضابطه كما في الدر :

كل ما كان من الإسقاطات المحضة ، وهي التي ليس فيها معنى التمليك ، كالطلاق ، والعتاق ، تخرج الابراء لكونه تمليكاً من وجه .

او كان من الالتزامات التي يحلف بها كحج ، فهذا النوع يصح تعليقه بالشرط مطلقاً ، ملائماً للعقد اي مؤكداً لموجبه اولا ، كهبوب الريح مثلاً . يفهم ذلك من الأمثلة .

وما كان من الإطلاقات كالإذن بالتجارة وكالوكالة ، او الولايات كالقضاء والإمارة والعزل عنها والكفالة والابراء عنها ، او ما كان من التحريضات ، صح تعلقيه بالملائم — وذلك كقول المولى لعبده : ان قبضت لي من فلانٍ الألف التي لي عليه فقد اذنت لك بالتجارة ، وقول السلطان من قتل قتيلا فله سلبه ، وان وصلت بلدة كذا فقد وليتك قضاءها او امارتها ، وان وصل اليك كتابي فقد عزلتك . وكقول الانسان للدائن اذا جاء مديونك من سفره فانا كفيلٌ بما لك عليه ، او قال المكفول له للكفيل : ان ادى فلانٌ بعض ما عليه من الدين ابرأتك من الكفالة — واما غير الملائم كإن هبت الريح او دخلت الحمام مثلا ، فلا يصح .

واعلم ان كل ما دخل تحت هذا الضابط ، كما يصح تعليقه بالشرط ، لا يبطل بالشرط الفاسد ، اعني ما فيه نفعٌ لأحد المتعاقدين ، ولم يرد الشرع بجوازه ، لأن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان فيه مبادلة مال بمال كالبيع والاجارة ونحوها — وما ليس كذلك كالنكاح ، او كان من التبرعات كالهبة والصدقة ، لا يفسد بالشرط الفاسد .

فهذه المسائل كلها يصدق عليها القاعدة بأن المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط ·

واما الذي لا يصح تعليقه بالشرط شرعاً ، فضابطه كلُّ ما كان من التمليكات ، سواء كان مبادلة مال بمال من الطرفين او لا ، كالبيع والإجارة والاستئجار والقسمة والهبة والصدقة والنكاح والاقرار والابراء والمزارعة والمساقاة والوقف والتحكيم · ولا حاجة لايراد الأمثلة ، لظهورها ·

اوكان من التقييدات: كرجعة الزوجة وعزل الوكيل وحجر العبد — وذلك لأن في الوكالة والإذن للعبد مثلاً ، اطلاقاً عما كانا ممنوعين عنه من التصرف في مال الموكل والمولى ، وفي العزل والحجر تقييدٌ لذلك الاطلاق · وكذا في الرجعة تقييدٌ للمرأة عما اطلق لها من الطلاق من حقوق الزوجية ، فهذه كلها لا يصح تعليقها بالشرط ·

لكن ما كان فيه مبادلة مال بمال يبطل ايضاً بالشرط الفاسد كالبيع ، وما ليس كذلك كالهبة والصدقة والابراء والإقرار والنكاح والوصية والإيصاء والكفالة والحواله والوكالة والإقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد ، نحو هذا الولد مني بشرط رضى زوجتي ، والصلح عن دم العمد والابراء عنه وعن الجراحة وعقد الذمة والرد بالعيب وعزل القاضي ، لا يبطل بالشرط الفاسد ، بل يصح و يلغو الشرط · فلو باع امةً الا حملها فسد البيع ، لأن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه · والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه ، لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطاً فاسداً · ولو وهبها مستثنياً حملها صحت الهبة و بطل الشرط ، لأن الهبة تمليكٌ لا مبادلة مال بمال ، فلا تفسد بالشرط الفاسد (رد المحتار) ·

❊ تتمة ❊

قدمنا بيان ما يجوز تعليقه وما لا ، وما يبطل بالشرط الفاسد وما لا ، وبقي بيان ما تصح اضافته الى المستقبل وما لا تصح ·

الأول الاجارة ، كآجرتك داري غداً ، والمزارعة والمساقاة والكفالة ، لأنها

اي الكفالة من باب الالتزامات ، فتصح اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم — وكذا الايصاء والوصية بالمال فإنهما لا ينفذان الا بعد الموت فيجوز تعليقهما واضافتهما والقضاء والامارة فإنهما تولية وتفويض محض فجاز اضافتهما . والطلاق والعتاق . انظر المواد ٤٠٨ و٤٩٤ و١٤٥٦ و٤٤٠ و٦٣٦ .

الثاني البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين ، لأنها تمليكات وقد امكن تنجيزها للحال ، فلا حاجة الى الاضافة — والوكالة ، على القول المفتى به .

واعلم ان كل ما يقبل التعليق يقبل الاضافة ولا عكس . والفرق بين التعليق والاضافة ، ان التعليق يمنع المعلق ، اعني انت طالق مثلا ، عن عليّته للحكم ، عندنا ، فإذا منع من العلية منع الحكم ضرورة . فالتعليق منع من اتصال العلة بالحكم ، وبدون الاتصال لا ينعقد علة ، لأن تأثير التصرف الشرعي يكون بثلاثة امور : الاهلية والمحلية واتصال التصرف بالمحل — ثم كما ان بانعدام الاهلية والمحلية لا ينعقد علة كالبيع من المجنون وبيع الحر ، فكذا بانعدام الاتصال بالمحل

والاضافة لا تمنع العلية بل يتراخى حكمها الى وقت المضاف اليه ، كالبيع بشرط الخيار ، فإنه دخل على الحكم فالاضافة لم تخرجه عن العلية ، بل اخرت حكمه . وعن هذا صرحوا بأنه لو حلف لا يطلق امرأته ، فاضاف الطلاق الى الغد ، حنث ، وان علقه لم يحنث .

المادة ٨٣ – يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان

اي امكان الشرط واستطاعته ، ولا يلزم ما فوق الاستطاعة . وفي المبسوط : قال المودع للمودَع امسكها بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً ، فوضعها في بيته فهلكت ، لم يضمنها ، لأن ما شرطه عليه ليس في وسعه باعتبار العادة . ولو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامناً . فإن انتقل من الكوفة الى البصرة او الى غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلكت ، فلا ضمان عليه ، لأن

المودع انما يلتزم شرط المودِع بحسب امكانه .

فعلم من هذا ان لزوم مراعاة الشرط مقيدٌ بقدر الامكان ولا مؤآخذة فيما فوق الجهد والامكان — وقد بين في المادة قبلها حكم المعلق بالشرط ، وهو الشرط التعليقي . وهذه لبيان حكم الشرط الواقع قيداً وهو الشرط التقييدي الذي يلزم مراعاته . — لكن لا اي شرطٍ كان ، بل الشرط الذي يوافق الشرع . لأن الشرط ثلاثة اقسام : قسم يجوز شرعاً وفيه فائدةٌ لمن اشترطه ، فهذا يلزم مراعاته . وقسمٌ ممنوعٌ شرعاً و يقال له شرطٌ فاسد . وقسمٌ ثالث غير ممنوع شرعاً ، الا انه لا يلزم مراعاته لعدم فائدته فيلغو .

قال في البدائع من كتاب المضاربة : الأصل في الشروط اعتبارها ما امكن واذا كان القيد مفيداً كان ممكن الاعتبار ، فيُعتبر لقوله عليه الصلوة والسلام ، (المسلمون عند شروطهم) .

ولنذكر لك الفرق بين الشرط المفيد وغير المفيد . ففيه : دفع اليه مالاً على ان يعمل به في الكوفة ، فليس له ان يعمل في غير الكوفة لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء ، وكذا في السفر خطرٌ فيعتبر . ولو دفع اليه على ان يعمل في سوق الكوفة ، فعمل في الكوفة في غير سوقها ، فهو جائزٌ على المضاربة ففي الأول لو هلك المال يضمن ، وفي الثاني لا ، لأن البلدة الواحدة بمنزلة بقعةٍ واحدة ، فلا فائدة في التقييد بهذا الشرط فيلغو . انظر المادة ١٨٩ .

اما الموافق للشرع فكل ما لا ينافي العقد ، بل هو مقتضى العقد او مؤيدٌ لمقتضاه ، وهو الشرط الملائم ، او شرطٌ متعارف ، او انه ورد في الشرع — وصورته ما يأتي في المادة ٨٦ : لو باع بشرط ان يكون المبيع ملك المشتري ، او بشرط ان يحبس المبيع الى ان يقبض الثمن ، فهذا الشرط لا يضر في البيع لكونه بياناً لمقتضى العقد ، لأن العقد يقتضي دخول المبيع في ملك المشتري ، وعند الاطلاق ينصرف الى التسليم من الجانبين .

وكذا ما يأتي في المادة ١٨٧ : لو باع بشرط ان يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً ، او ان يكفل له بالثمن هذا الرجل ، صح البيع و يكون هذا الشرط معتبراً . حتى انه اذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد . — ولا بد من

تعيين الرهن والكفيل كما اشير اليه في المثال ، والا فسد العقد بجهالتها لإفضائه الى المنازعة .

وكذا البيع بشرط متعارف : كبيع الفروة على ان يخيط بها الظهارة كما في المادة ١٨٨ ومثله المادة ٢٨٧ ونظيره ما في المواد ٤٦٨ و٤٧٤ و٥٠٥ و٦٠٥ و٦٩٦ و٨٥٥ و١٣٦٧ و١٣٧٠ و١٤٢٠ و١٤٦٧ و٧٨٤

واما الممنوع شرعاً فما كان بخلاف الأول ، اي لا هو مقتضى العقد ، ولا مؤيد لمقتضاه ، ولا هو متعارف ، ولا ورد الشرع بجوازه ، كشرط فيه نفع لاحد المتعاقدين او اجنبي ، فهذا شرط فاسد مفسد للعقد — وضابطه كل ما كان من المعاوضات المالية المار ذكرها في شرح المادة قبلها كالبيع والاجارة واخواتها ، كما لو شرط في البيع ان يستخدم البائع المبيع شهراً ، وفي الإجارة ان يقرض احدهما الآخر كذا ، وفي القسمة ان يشتري احدهما من الآخر داره بالف او على شرط هبة او صدقة ، وهكذا في الصلح عن اقرار وما اشبه ذلك من المعاوضات المالية — وما ليس كذلك صح العقد و بطل الشرط . فاستقص ذلك في كل ما ليس فيه مبادلة مالية ، نحو اقرضتك او وهبتك هذه المائة بشرط ان تخدمني سنة ، او تزوجتك على ان لا يكون لك مهر ، صح النكاح و بطل الشرط ووجب مهر المثل .

وكذا طلقتك على ان تتزوجي غيري ، وخالعتك على ان لي الخيار مدة يراها بطل الشرط ووجب المال . واعتقتك على اني بالخيار ، ورهنتك عبدي بشرط ان استخدمه ، او على ان الرهن ان ضاع ضاع بلا شيء : وجعلتك وصياً على ان تتزوج بنتي ، ووليتك قضاء بلدة كذا على ان لا اعزلك ، وكفلت غريمك على ان تقرضني كذا ، واحلتك على فلان بشرط ان لا ترجع عليّ عند التوي ، ووكلتك على ان تبرأني مما لك علي ، صح ذلك كله و بطل الشرط — وقس على هذا كل ما ليس بمعاوضة مالية .

واما الشرط الجائز ، فكل شرط مفيد لم يمنعه الشرع ، كما لو قسم الشركاء الربح بينهم على الوجه الذي شرطوه متساوياً او متفاضلا ، كما في المادة ١٣٩٠ . وفي هذه الصورة لو شرط الضرر والخسار متساوياً ، وكان حصة احدهما في المال

اكثر من الآخر، لا عبرة لهذا الشرط، و يقسم الخسار على قدر المال ، لما صرحوا ان اشتراط الربح متفاوتاً يصح ، بخلاف اشتراط الخسران ، لكونه ربح ما لم يضمن . انظر المادة ١٣٦٨ — و يتفرع على القاعدة ان الواقف يراعى شرطه و يلزم اتباعه اذا لم يخالف الشرع ، ولا يعتبر عند مخالفته ، كما لو شرط ان لا ينزع من يده او يد من يعينه متوليًا ، فظهرت خيانته ، يُنزع من يده و يعزل ، ولا يعتبر الشرط .

واما الشرط غير المفيد ، فهو وان لم يكن ممنوعًا شرعًا ، فلعدم فائدته يقع لغواً . بمعنى انه لا يترتب شيء على عدم رعايته ، وقد مرّ بيانه فيما نقلناه عن البدائع . وانظر ايضاً الى المادة ٧٨٤ . والأصل في هذا ؛ كما في وكالة البدائع ، اعتبار القيد الآقيداً لا يفيد اعتباره .

❋ تنبيه ❋

الشرط الفاسد الذي سبق ذكره اذا لم يقترن بالعقد ، بل التحق به بعد تمامه قيل يلتحق به عند الإمام ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقيل لا يلتحق ، وهو الأصح ، كما في الفصل ٣٩ من الفصولين — ولفساد البيع وغيره من المبادلات المالية صورٌ اخرى غير الشرط الفاسد مسطورةٌ في بابها ، فارجع اليها .

المادة ٨٤ — المواعيد بصور التعاليق تكون لازمةً . مثلا لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء لفلان وان لم يعطك ثمنه فانا اعطيه لك فلم يعط المشتري الثمن لزم على الرجل اداء الثمن المذكور بناءً على وعده المعلق .

المواعيد جمع موعد . يأتي مصدراً واسم زمان واسم مكان ، والمراد به المصدر — وهو انباء الانسان غيره بأن يفعل امراً في المستقبل مرغوبًا له ، فاذا كان ذلك الأمر غير واجب عليه ، لا يلزمه بمجرد الوعد . لأن الوعد لا يغير

الأُمور الاختيار بةالى الوجوب واللزوم — الا ترى لما في هبـة البدائع : لو امر غيره بتعو بض فلان عن هبته ، او قال له اطعِمْ عن كفارة يميني ، او ادِّ زكاتي ، ففعل ، لا يرجع على الآمر ، الا ان يقول له « على اني ضامنٌ » لأنه امره بما ليس بمضمونٍ عليه — بخلاف ما اذا امر غيره بقضاء الدين فقضاه ، فإنه يرجع على الآمر وان لم يقل « على اني ضامن » لأن قضـاء الدين مضمونٌ على الآمر فاذا امره به فقد ضمن له اهـ — فهذا لو امر غيره بما ليس بمضمون عليه ففعل . فعدم لزوم التبرع بالوعد المجردِ من بابٍ اولى .

نعم اذا كانت المواعيد مفرغةً في قالب التعليق ، فلقوة الارتباط بين الشرط والجزاء ، من حيث ان حصولَ مضمون الجزاء موقوفٌ على حصول شرطـه ، يكتسب الوعد قوةً كقوة الارتباط بين العلية والمعلولية ، فيكون لازماً .

وفي التنوير وشرحه الدر المختار : ولو كاتبه على ميتةٍ ونحوها كالدم بطل العقد لعدم ماليتها اصلاً عند احد ، فلا يعتق بالاداء ، الا اذا علقه بالشرط صريحاً ، فيعتق للشرط لا للعقد .

وفي حظر الأشباه : لا يلزم الوعد الا اذا كان معلقاً وفي بيع الوفاء ، كما في كفالة البزازية - وذلك كالمثال المذكور في المادة . فقد فرقت بين الوعد المجرد والمعلق انظر المادة ٦٢٣ .

وقوله (فلم يعط المشتري الثمن) اي طالبه البائع فلم يعطه ، والا فلا يلزمـه شيءٌ قبل وقوع الطلب والامتناع عن الاداء ، كما تقـدم في المادة ٨٢ (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) .

في الخانية ، من فصلٍ في الكفالة بالمال : رجلٌ قال لآخر ان لم يعطك فلان مالك فهو عليَّ ، فتقاضاه فلم يعطه المطلوب ساعة تقاضاه ، لزم الكفيل استحسانا .

واعلم انه ليس كل وعد يصح تعليقه ، فالمراد الوعد الذي ورد جواز تعليقه شرعاً ، وقد سبق بيانه في شرح المادة ٨٢ .

ثم الذي يصح تعليقه ، منه ما يجوز بالملائم وغيره فيما لو كان من الاسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق ، او من الالتزامات التي يحلف بها كحج . ومنـه ما لا يجوز الا بالملائم ، وهو ما كان من نوع الإطلاقات كالوكالة والاذن بالتجارة او

الولايات كالامارة والكفالة فهذا النوع لا يصح تعليقه الا بالملائم ، وهو ان يكون المعلق عليه سبباً لظهور الحق او وسيلة الى الاداء في الجملة ، نحو ان استحق المبيع فأنا كفيل ، لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق . او وسيلة نحو اذا قدم زيد فأنا كفيله ، لأن قدومه وسيلة الى الاداء ، لاحتمال انه مضار به او مكفول عنه . او شرطاً لتعذره ، نحو ان غاب زيد عن المصر فعلي — والمثال المذكور في المادة من هذا القبيل ، فلا يجوز التعليق بهبوب الريح ودخول الدار مثلا .

المادة ٨٥ — الخراج بالضمان يعني ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان . مثلا لو رد المشتري حيوانا بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه اجرته لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله .

قال في الأشباه: حديث صحيح رواه احمد وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان . وفي بعض طرقه ذكر السبب ، وهو ان رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرده عليه ، فقال الرجل يا رسول الله قد استعمل غلامي ، فقال (الخراج بالضمان)

وهو من جوامع الكلم . ولإحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل — وجوامع الكلم هي الألفاظ الكلية العامة المتناولة لافرادها . وذكر فخر الاسلام في اصوله عدم جواز نقله بالمعنى ، اي لأن بيانه صلى الله عليه وسلم اعلا رتب البيان ، فلا يعدل عن الكلمة الجامعة التي في غاية البيان لما دلت عليه ، الى لفظ اطول منها واقل بيانا .

في المصباح : الخراج والخرج اسم لما يحصل من غلة الارض .

وفي الكشاف عند قوله تعالى (ام تسئلهم خرجا فخراج ربك خير) لما تخرجه للإمام من زكاة ارضك ، والى كل عامل من اجرته وجعله ، اي ام تسئلهم

على هدايتك لهم قليلاً من عطاء الخلق ، فالكثير من عطاء الخالق خير . فالمعنى في الخراج اعم منه في الخرج ، لأن زيادة المبنى تدل على زيادة المعنى —

وفي الفائق : كل ما خرج من شيء فهو خراجه ، فخراج الشجرة ثمره ، وخراج الحيوان دره ونسله .

ثم ومن ذكرِ السبب في بعض طرق الحديث يُعلم ان المراد بالخراج ما يحصل من مثل كسب العبد واجرة الدابة ونحوهما وهما في ضمان من ينتفع بهما ، اعني كل زيادة منفصلة لم تكن متولدة من الأصل ، تسلم للمشتري ولا يضر حصولها له مجانًا لأنها لم تكن جزءًا من المبيع فلم يملكها بالثمن وانما ملكها بالضمان . بخلاف المتصلة كالسمن ، والمنفصلة المتولدة من الأصل فإنها تابعة للمبيع لكونها جزءًا له ، وتمنع الردّ بالعيب مطلقًا سواء حدثت قبل قبض المشتري او بعده (رد محتار)

خلاصة معنى الحديث أن الشيء الذي مؤنته على انسان ، واذا تلف يكون تلفه عائداً عليه ، يقال لذلك الشيء انه في ضمانه . وبمقابلة هذا تكون منافعه خاصة به ، سواء انتفع بها بنفسه او تناول غلتها — فالمنفعة اما بمقابلة الملك فقط ، او الملك والضمان معاً ، لأن الغرم بالغنم ، وهو مصداق المادة ٨٧ — يتفرع على هذا المثال في المادة « لو رد المشتري حيوانا بخيار العيب » بعد قبضه واستعماله غير عالم بالعيب « وكان قد استعمله مدة » بنفسه او آجره من غيره وقبض اجرته « لا تلزمه اجرته » للبائع لكونه في ضمانه « لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان » تلفه عليه « من ماله » وانما قلنا غير عالم بالعيب ، لأنه لو استعمله بعد الاطلاع على العيب يسقط خيار الرد كما في المادة ٣٤٤ وسيأتي بيانه مفصلاً في الفصل السادس من الباب السادس من كتاب البيوع .

كذلك لو استأجر دابةً للركوب الى محل معين ، فركبها ولم يتجاوزه ، فهلك بلا تعد ولا تقصير ، لزمه الأجرة . ولو ماتت في اثناء الطريق لزمه اجرة ما قطع من المسافة ، لأنها في هذه الصورة ليست في ضمانه . لكن لو جاوز المحل المعين فهلكت ، يلزمه الضمان ولا اجر ، لأنه بالتجاوز صار غاصباً بحيث دخلت في ضمانه تكون المنفعة له ، لأن المنفعة بمقابلة الضمان . راجع المادة ٨٦ و ٥٥٠ .

كذلك ما جاء في المادة ١٣٤٧ ان الربح يُستحق تارةً بالمال ، وتارة بالعمل ،

كالمضارب يستحق الربح بعمله ورب المال بماله - وتارة بالضمان ، كما اذا اخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً عنده ، واعمله ما تقبله وتعهده من العمل بنصف اجرته ، يكون جائزاً ، والكسب يعني الاجرة المأخوذة من اصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقاً لذلك بعمله ، يكون نصفها الآخر مستحقاً للاستاذ بتعهده وضمان العمل ، - فاستحقاق الاستاذ لنصف الاجرة بمقابلة ان ما يتقبله من الناس داخل في ضمانه ، والخراج اي المنفعة بالضمان .

ومن فروع القاعدة ما لو اعتق الراهن العبد الرهن ، نفذ عتقه ، فان كان الراهن غنياً فلا سعاية على العبد ، لإمكان اخذ حقه من الراهن وهو الاداء ان كان الدين حالاً ، وقيمة الرهن ان كان مؤجلا - وان فقيراً سعى العبد للمرتهن في الأقل من قيمته ومن الدين ، لتعذر اخذ الحق من الراهن . فيؤخذ ممن حصلت له فائدة العتق ، وهو العبد ، لأن الخراج بالضمان . وانما سعى في الأقل منهما لأن الدين ان كان اقل ، فالحاجة تندفع به ، وان كانت القيمة اقل ، فإنما حصل له هذا القدر .

وههنا سؤالان اوردهما في الأشباه مع جوابها . احدهما : لو كان الخراج بالضمان ، لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ، تمّ العقد او انفسخ ، لكونه في ضمانه ولا قائل به . أُجيب : بان الخراج يعلل قبل القبض بالملك ، وبعده به وبالضمان معاً ، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان ، لأنه اظهر عند البائع واقطع لطلبه واستبعاده ان الخراج للمشتري اه - اي لأن الضمان هو محط اقامة الحجة على احد الخصمين ، حيث قال « يا رسول الله قد استعمل غلامي » فدفع اشكاله بقوله (الخراج بالضمان) .

الثاني : لو كانت الغلة بالضمان لزم ان تكون الزوائد للغاصب ، لأن ضمانه اشد من ضمان غيره ، وبهذا احتج لأبي حنيفه رحمه الله تعالى في قوله ان الغاصب لا يضمن منافع الغصب - أُجيب : انه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك في ضمان الملك ، وجعل الخراج لمن هو مالكه اذا تلف تلف على ملكه .

والحاصل ان النفع قد يكون بمقابلة الملك والضمان معاً كالمبيع بعد القبض ، وقد يكون بمقابلة الملك فقط كالمبيع قبل القبض ، وكمنافع المغصوب في يد الغاصب .

ج١ — ١

المادة ٨٦ - الاجر والضمان لا يجتمعان

اي لا يجتمعان في محل واحد من اجل سبب واحد ، لان الضمان يقتضي التملك ، والمالك لا اجر عليه ، والأجر يقتضي عدمه ، و بينهما منافاة .

والأصل في هذا ان كل موضع لا يصير ضامناً فالأجر واجب ، وفي كل موضع يصير ضامناً فلا اجر عليه . فانظر في كتاب العارية ما يجب فيها الضمان وما لا يجب ، واتخذه قاعدة هنا ، كذا في المبسوط .

مثلاً : لو غصب رجل بعير آخر واستعمله حتى هزل وطرأ على قيمته نقصان ، فضمن لصاحبه نقصان قيمته ، لا اجر عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان . وفي المادة (٥٥١) استأجر دابة للركوب ، ليس له ان يحملها ، فاذا حملها وتلفت به ، يضمن قيمتها ولا اجر عليه ، لأنهما لا يجتمعان — وعلى هذه المواد ٥٤٧ و٥٥٠ و٥٥٦ و٥٥٧ .

ثم انه بمجرد صيرورة اليد على الشيء يد ضمان ، لا تجب فيه الأجرة ، وان لم يتحقق الضمان بعد بالفعل . ففي المادة ٥٩٦ لو استعمل احد مالاً بدون اذن صاحبه ، فهو من قبيل الغاصب لا يلزمه اداء منافعه ، اعني اجر المثل ، لأنه لو هلك لهلك في ضمانه ، فلا تلزمه اجرة الا في مال الوقف واليتيم ، والا في المعد للاستغلال اذا لم يكن بتأويل ملك او عقد .

ولو استأجر ارضاً على ان يزرعها حنطة فزرعها شيئاً آخر يضر بالأرض كالرطبة ، فاذا ضمن نقصان الأرض فلا اجرة عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان .

وانما قيدنا عدم اجتماع الأجر والضمان باتحاد السبب ، لأنه يجوز اجتماعهما عند اختلافه ، كالدابة في يد مستأجرها يده عليها يد امانة فإذا انقلبت يد غصب فهذا لا يخلو من احد وجوه : اما ان تطرأ يد الغصب بعد استيفاء كمال المنفعة

المعقود عليها ، فيلزم كمال الأجر والضمان — وصورته : استكرى دابة من حمص الى النبك مثلاً فجاوز بها الى دمشق بدون اذن المكاري ، فالدابة حينئذ في ضمان المستأجر الى ان يسلمها سالمة . وان تلفت او نقصت في ذهابه او ايابه ، يلزم ضمان القيمة او النقصان لتعديه ، والأجرة ايضاً لأنه استوفى المنفعة تماماً . فقد جاز الجمع هنا لاختلاف السبب —.

ولا فرق في حال الإياب بين ان تتلف بعد عوده الى محل الوفاق ، وهو النبك ، او قبله لأن المستعير او المستأجر متى صار غاصباً بالمخالفة ، فبعوده الى الوفاق لا يبرأ من الضمان — بخلاف الوديعة ، وهذا هو الاصح كما في الهداية وعليه مشت المادة (٥٤٥) من المجلة . لأن المودَع يده يد المالك ، لكونه ماموراً بالحفظ مقصوداً ، وفي الإجارة والعارية ليس كذلك ، لأن الحفظ مأمور به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً ، فلا يبرأن بالعود الى الوفاق —وعلى هذا النحو المادة ٥٤٨ : ليس للمستأجر استعمال دابة ازيد من المدة التي عينها ، وان استعملها وتلفت في يده يضمن ، في هذه الصورة يلزم الأجر والضمان ايضاً لاختلاف السبب ، لان سبب لزوم الاجرة استيفاء المنفعة ، وسبب الضمان التعدي — بخلاف المواد ٥٤٧ و٥٥٠ و٥٥٦ و٥٥٧ و٥٥٩ فإن التعدي فيها لم يكن بعد استيفاء المنفعة ، بل وجد دونها ، فيلزم الضمان لا غير

واما ان تكون يد الغصب قبل استيفاء المنفعة او شيء منها ، في هذه الصورة يلزم الضمان ولا اجر اصلاً كما في المواد المذكورة ، فإن يد الغصب فيها لم تكن بعد استيفاء المنفعة ، بل في الابتداء .

واما ان تكون يد الغصب لا هي بعد استيفاء المنفعة ولا هي قبلها ، بل معها ، وذلك بأن يستوفي عين ما شرط وزيادة ، كما اذا استأجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمّل احد عشر ، فإن سلمت لزم المسمى ، والا ضمن (جزءً) من احد عشر جزءً من قيمتها ، وعليه تمام الأجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة — هذا اذا كانت تطيق ، والا فعليه ضمان كل القيمة ولا اجر . كذلك لو اردف من يستمسك بنفسه وعطبت الدابة ، يضمن النصف ان كانت تطيق حمل الإثنين ، والا ضمن الكل . فاذا هلكت بعد بلوغ المقصد ، وجب جميع الأجر لركوبه

بنفسه ، وتضمينه نصف القيمة لركوب غيره . فقد اجتمع الاجر والضمان لاختلاف السبب — اما الأجر ، فلأنه استوفى المعقود عليه وزيادة ، غير ان الزيادة استوفيت من غير عقد ، فلا يجب لها الأجر . واما الضمان ، فلتعديه بالارداف . وانما ضمن النصف لان ركوبه مأذون فيه ، وركوب الآخر غير مأذون فيه ، فكان غاصباً في النصف . ففي هاتين الصورتين لزم كمال الأجر وضمان البعض لا الكل (بدائع) انظر المادة ٤٢٦ — وان لم يستمسك بنفسه فحكمه كالموزونات ، ينظر الى مقدار ثقله ، وقد مر بيانه في العشرة افقرة .

المادة ٨٧ - الغرم بالغنم يعني ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره .

هذه عكس المادة ٨٥ ومعناهما واحد . يعني اذا كانت النعمة بمقابلة الضرر ، فالضرر يتحمل بمقابلة النعمة . ومن هذا القبيل المادة ٨٨ : النعمة بقدر النقمة ، والنقمة بقدر النعمة . فلو كان الوقف داراً ، فعمارته على من له السكنى . فإن امتنع من ذلك او كان فقيراً ، آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها . واذا عمرها ردها الى من له السكنى ، لأن في ذلك رعاية الحقين : حق الواقف في استبقاء وقفه ، وحق صاحب السكنى . وانما يعامل بذلك لأن منفعة السكنى له ، فعليه مضرة عمارتها ، فالغرم بالغنم .

ولو كان الوقف على رجل معين يتناول غلة الوقف وحده ، وآخره للفقراء ، يطالب بعمارته من ماله اي مال شاء من الغلة او من مال له غيرها لا من الغلة حتماً ، لان الغلة ماله . فاذا مات فمن الغلة . — فلا تناقض بين هذا وبين قولهم يبدأ من غلته بعمارته ، اي بتخصيص الغلة ، لان ذاك فيما اذا كان الموقوف عليهم غير معين كالفقراء لا يظفر المتولي بهم لعدم تعينهم وعسرتهم ، واقرب اموالهم الى المتولي هذه الغلة ، فتجب فيها — اه ملخصاً باختصار من الهداية والعناية والزيلعي .

كذلك لو كان لفقير عاجز عن الكسب ثلاثة اخوة متفرقين ، واحد لأب وام ، وآخر لأب ، وآخر لأم ، يشترك في نفقته الأخ لأب وام والأخ لام اسداساً :

خمسة اسداس على الاخ لأبوين ، وسدس على الأخ لأم ، على قدر الميراث ، لأنه لو كان غنياً فارثه لهما على هذا الوجه ، فكذا نفقته .

ولو كان له عم وعمة وخالة اغنياء ، فعلى العم خاصة ، وان كان العم مساوياً في قرابة ذي الرحم المحرم ، الا انه يفضلها في كونه وارثاً له دونها ، لان المضرة في مقابلة المنفعة وبالعكس — او نقول لأن الخراج بالضمان ، او النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة ، والكل سواء .

ومن هذا القبيل ان المولى تجب عليه نفقة رقيقه بشرط ان تكون اكسابه ومنافعه لمولاه ، والا فلا تجب عليه نفقته ، فتجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وام الولد ، لان اكسابهم ملك المولى ، ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب — الا ترى انه احق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحر ، فنفقته في كسبه كالحر ، لان الغرم بالغنم ولا غنم فلا غرم .

ونفقة العبد العارية على المستعير ، لان منفعته له .

كذلك العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر ، نفقته على صاحب الخدمة بمقابلة انتفاعه بها .

ولو اتفق اثنان على شركة الاعمال عناناً على ان يتقبلا ما يطرح عليهما من الناس على ان يكون لأحدهما ثلثا الربح وللآخر الثلث ، صح بشرط التفاضل على هذا المقدار في الضمان ، لان الغرم بالغنم (بدائع وغيرها) .

كذلك ما في المادة ١٣٠٨ : المال المشترك متى احتاج الى التعمير والترميم يعمره اصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم ، لان منفعة كل منهم على قدر حصته ، لما في المادة ١٠٧٣ ان كلاً ينتفع من المال المشترك بقدر حصته .

وفي المادة ١٥٢ : التكاليف الاميرية ان كانت لاجل محافظة النفوس ، تقسم على عدد الرؤس ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان ، اي لأنها لتحصين الابدان ، وهي على عدد الرؤس التي يتعرض لها ، ولا شيء على النساء والصبيان ، لانه لا يتعرض لهم (رد محتار عن الولوالجية) — وان كانت لمحافظة الاملاك تقسم على قدر الملك لانها لتحصينه ، فكانت كمؤنة حفر النهر «

انظر المواد ١٠٧٣ و١٣١٦ و١٣٢٦ و١٣٢٧ و١٣٢٨ .

المادة ٨٨ — النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة ٠

الفقرة الاولى من هذه المادة كالمادة قبلها ، والفقرة الثانية متحدةٌ مع المادة ٨٥ اي كل نعمةٍ يجدها الانسان من شيء ، فعلى قدرها تكون كلفته ومشقته ٠ وقد مرّ بيان ذلك في المادة (١٣٠٨) ان تعمير الملك المشترك وترميمه يكون كلفته على قدر الحصص ٠

ومن هذا القبيل المادة ١٣٢٠ : اذا كان حيوانٌ مشترك بين اثنين وابى احدهما عن تربيته وراجع الآخر الحاكم ، يأمر الحاكم الآبي بقوله «اما ان تبيع حصتك واما ان تربي الحيوان مشتركا» لأن النعمة بقدر النقمة و بالعكس ٠

ومثله المادة (١٣٠٩) - كذلك اللقيط الذي لم يوجد معه مالٌ نفقته في بيت المال واذا قتل انساناً خطأً ، فديةُ المقتول من بيت المال ٠ وبمقابلة هذه النعمة ارثه وديته لبيت المال ، لأن النعمة بقدر النقمة ٠ قال في البحر : فلو وجد اللقيط قتيلاً في محلةٍ كان على اهل المحلة ديته لبيت المال ، وعليهم القسامة ٠ وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأً ، فالدية على عاقلته لبيت المال ، ولو قتله عمداً فالخيار الى الامام بين القتل والصلح على الدية ، وليس له العفو — وقد مر هذا البحث في شرح المادة ٥٨ :التصرف على الرعية منوطٌ بالمصلحة ، فراجعه ٠

المادة ٨٩ — يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً ٠

لأن الشرع ورد في انه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ٠ فالعاقل المكلف اذا امره غيره بإتلاف مال الانسان مثلا او قتله مباشرةً او تسبباً ، كان امره باطلاً لوجوب مخالفته ، والباطل في حكم العدم — فعلى هذا ، الفعلُ وما يترتب عليه يضاف الى الفاعل لا الامر ، ما لم يكن مُجبراً اي مكرهاً على ايقاع الفعل بالاكراه الملجيء ، فيضاف الفعل حينئذٍ وما يترتب عليه الى الآمر ٠ (راجع

تعريف الاكراه وتقسيمه واحكامه في المواد ٩٤٨ و٩٤٩ و١٠٠٣ و١٠٠٤ و١٠٠٥ و١٠٠٦ و١٠٠٧ .

وبتعبير آخر نقول: مع ان الباطل لا يتصف بالسببية ، لو فرضنا ان الآمر في مثل هذا يصلح سبباً ، فالحكم انما يضاف الى العلة ، وهي فعل الفاعل المختار ، لا السبب ، كما تقرر في الأصول — فمن ثمة لو امر احدٌ انساناً باتلاف مال الغير فأتلفه ، ثم اعتذر بأن فلاناً امره ، يلزمه الضمان ولا رجوع له على آمره ، لأن الفعل وحكمه يضاف اليه لا الى آمره — وكذا لو امره بحفر بئر في الطريق ففعل فوقع فيها انسان او دابة ، فالحكم المترتب يلزم الحافر .

قال في جامع الفصولين ومجمع الضمانات : في كل موضع لم يصح الأمر لم يضمن الآمر ، اي بل المأمور . ووجه عدم صحة الأمر في الصورتين ظاهرٌ لعدم جوازه شرعاً

يقول الضعيف: يوجد مسائل نص عليها الفقهاء في تضمين الآمر مع عدم صحة الأمر نسوق لك بعضاً منها :

ففي الفصولين ومجمع الضمانات وغيرها : « بالغٌ امر صبياً بتخريق ثوب انسان او قتل دابته ، فالضمان في مال الصبي لكونه غير محجور في التصرفات الفعلية ، ثم يرجع على الآمر — قال احفر لي باباً في هذا الحائط ففعل ، وهو لغيره ، ضمن الحافر ورجع على آمره . ولو قاله وترك لفظة « لي » لم يرجع — ولو كان الآمر ساكناً في الدار او استأجره على الحفر ، رجع الحافر على آمره ، لا لو علم — فالأمر في هذه المسائل باطلٌ لكونه في اتلاف مال الغير ، وقد ضمن الآمر ، فيقتضى ان لا يضمن .

ويظهر للفقير ان وجه الضمان ما فيها مع الامر من التغرير : اما الصبي ، فإنه قاصر العقل ، وقد غرّه الآمر فكان في حكم الآلة ، فاستوجب الضمان — وكذا في قوله « احفر لي » بالاضافة الى نفسه المشعر بالملكية ، او من جهة انه ساكنٌ في الدار — وكذلك الأمر بذبح الشاة مع عدم اعلامه بانها ملك الغير ، فهذا كله تغريرٌ انضم الى الامر باتلاف مال الغير .

يرشد الى هذا ، التفصيلُ الذي ذكره ، بين العلم وعدمه ، ولفظة « لي »

وعدمها — و يوجد مسائل يضمن فيها الآمر لكون المأمور به جائزاً بشرط السلامة او لكون الآمر مكرهاً اكراهاً ملجئاً ٠

فمن الأول ما في اجارة الخانية : لو امر اجيراً او سقاءً برش الماء في فناء دكانه ، فعطب به انسان ، ضمن الآمر لا الراش — وفي مجمع الضمانات : ضرب المعلم او الاستاذ الصبي او التلميذ بأمر الأب فمات ، لا يضمن ، اي المعلم ٠

ومن الثاني لو كان الآمر سلطاناً يخاف منه ، او سيداً امر قنّه ، او ابا امر ابنه فيما يسوغ له شرعاً ، كما لو امر ابنه البالغ ليوقد ناراً بأرضه ، ففعل وتعدت النار الى ارض جاره فأتلفت شيئاً ، يضمن الأب لا الابن ، لأن امره صح ، فانتقل الفعل اليه - ولا بد من التقييد بما لو اوقد ناراً في يوم ريح او ناراً لا يوقدُ مثلها ، او كانت ارض الجار قريبة بحيث يصل شرر النار اليها غالباً ، والا فلا ضمان على الأب (رد محتار) — بخلاف ما لو امره باتلاف مال او قتل نفس يكون ضمانه على الابن لفساد الأمر ٠ ووجهه انه في الأول استخدامٌ فصح الأمر لوجوب خدمة الأب ، بخلاف غيره فإنه عدوان ، فتبصر فيما يقع من حادثات الفتوى ٠

المادة ٩٠ — اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر

مثلا لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى احدٌ حيوانَ شخصٍ في ذلك البئر يضمن الذي القى الحيوان ولا شيء على حافر البئر ٠

المباشر هو الذي حصل التلف مثلاً بفعله بلا واسطة ، فكان هو صاحب العلة يضاف اليه التلف — والمتسبب ما حصل التلف لا بمباشرته وفعله ، بل بواسطةٍ هي العلة لحصول المعلول ، وهي فعل فاعل مختار ، واما فعله فلا تأثير له سوى انه مفضٍ اليه ٠ فإن اجتمعا فكما صرحت المادة يضاف الحكم الى المباشر لأنه صاحب العلة ، وهي اقوى ٠ ولهذا قال في المادة ٩٢ و٩٣ « المباشر ضامن وان لم يتعمد — والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد » وسيأتي بيانه ٠

واعلم انه متى كان المتوسط بين السبب والمعلول صالحاً لإضافة المعلول اليه ، يكون السبب حينئذ سبباً حقيقياً اي محضاً بمعنى انه لا مزية له سوى الإفضاء الى حصوله — وعرفوه بأنه ما توسط بينه و بين الحكم علة ، وذلك المتوسط هو العلة ، وهذا هو المبحوث عنه في القاعدة . ومتى كان المتوسط غير صالح لذلك ، فالحكم يضاف الى السبب ، و يكون حينئذ في معنى العلة . ومعرفة هذا الضابط ينفعك في كثيرٍ من الوقائع . وصورة اجتماعهما ما ذكر في المادة : فإن ملقي الحيوان مباشرٌ تلفه بالذات ، وحافر البئر متسببٌ لأن حفره افضى الى التلف ، فالضمان على المبـاشر .

كذلك من دل انساناً على مال ليسرقه ففعل ، العقوبة على السارق لأنه مباشر و لِما ذكر ، ولا شيء على الدال ، لأنه متسبب . ولا شك ان كلاً من السرقة والقاء الحيوان فعل فاعل مختار ، يصح اضافة الحكم اليهما .

ولا يرد على هذا المودَع والمحرِم ، اذا دلا على الوديعة والصيد ، لزم الضمان والجزاء ، مع انهما متسببان . لأن المودَع انما يضمن بترك الحفظ الذي التزمه ، والمحرم بازالة الأمن ، وقد تقررت بافضائها الى اتلاف الصيد . — واذا انفرد السبب — وذلك فيما لو كان الحائل المتوسط بينه و بين الحكم اعني المعلول غير صالح لإضافة الحكم اليه — يكون في معنى العلة المؤثرة ، يضاف الحكم اليه و يكون المتسبب ضامناً — كسوق الدابة فإنه غير موضوع للتلف ولا هو مؤثرٌ فيه ، بل طريقٌ للوصول اليه ، والعلة للتلف التوسّط بينه و بين السوق ، هو وطء الدابة انساناً او مالاً بقوائمها وثقلها . ولكن لما لم يكن هذا المتوسط فعل فاعلٍ مختار ، اضيف الحكم الى السبب ، وهو السوق الواقع من السائق . فكأنه دافعٌ للدابة على ما وطئت عليه ، فيضمن لأنه سببٌ فيه معنى العلة .

ومن هذا القبيل ما في المبسوط : لو طرح على رجلٍ بعض الهوام فلدعه ، فهو ضامنٌ لأنه متعد في هذا السبب — ولا يقال قد طرأ على تسبيبه مباشرة ، وهو اللدغ من الحية او العقرب ، لأن ذلك غير صالح لبناء الحكم عليه .

ثم اذا انفرد السبب ، يشترط التعدي في ضمان المتسبب . والمباشر يضمن في كل حال — راجع المادة ٩٢٤ .

وفيه ايضاً : لو سار على دابته في ملكه فوطأت انساناً بيدٍ او رجلٍ فقتلته، فعليه الدية والكفارة جميعاً ، لأن الراكب مباشرٌ للقتل فيما وطأت دابته ، والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في ايجاب الضمان عليه كالرمي ، فإن رمى في ملكه فأصاب انساناً كان عليه ضمانه — وان كان سائقاً او قائداً فلا ضمان عليه في ذلك ، لأنه تسببٌ في تقريب الدابة من محل الجناية والمتسبب انما يكون ضامناً اذا كان متعدياً بتسببه ، وهو في ملك نفسه لا يكون متعدياً في سوق الدابة ولا قودها .

المادة ٩١ — الجواز الشرعي ينافي الضمان مثلا لو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً .

يعني كل ما جاز للانسان ان يفعله شرعاً ، فاذا ترتب على فعله ضررٌ او خسار، لا يضمن، للمنافاة بين الجواز الشرعي والضمان . فلو حفر بئراً في ملكه ، فتلف فيه حيوان ، لا يضمن(راجع الفقرة الاخيرة من المادة ٩٢٤) — لكن مع الملكية يشترط ان لا يكون متعلقاً به حق الغير ، والا فيمنع من الفعل استقلالا (راجع المادة ١١٩٢) وذلك لأن تصرف الانسان في ملكه غير مقيد بشرط السلامة .

وما لا يجوز له شرعاً ، اذا فعل ، يضمن — فلو حفر بئراً مثلا في الطريق العام او في غير ملكه ، فحصل من ذلك تلفٌ ، يضمن . وفي الملك المشترك بينه و بين غيره يجب الضمان ، و يسقط من ذلك قدر حصة نفسه (مجمع الضمانات)

ومن فروع القاعدة ما في البدائع وغيرها ان لأحد الشريكين عناناً او مفاوضة ان يضع و يستأجر اجيراً لشيء من التجارة ، وان يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده ، و يرتهن بما باعه ، و يحتال بدين للشركة على آخر ، وان يقايل احدهما فيما باعه الآخر ، الى غير ذلك مما يجوز له . فلو فعل شيئاً من هذا فحصل ضررٌ لا يضمن ، لان الجواز الشرعي ينافي الضمان .

كذلك صريحُ كتب المذهب ان العبد الآبق من مولاه ، اذا امسكه احدٌ

ليرده عليه فطلب منه الجعل حتى يسلمه العبد ، فامتنع فأبقاه عنده حتى يأخذ جعله فهلك ، لا ضمان عليه ، لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان .

ولو عين احدٌ وصياً على اولاده الصغار ، واوصى لآخر بثلث ماله ، ثم مات عن ورثة صغار وكبار بعضهم حاضرٌ والبعض غائب ، والتركة تحت يد الحاضرين ، جاز للوصي ان يطلب من القاضي نصب وكيل عن الغائب واحداً كان او اكثر ويقسم التركة مع الموصى له ويعطيه الثلث (عناية وتنوير) فلو فعل وامسك الثلثين للورثة ، ثم نشأ من ذلك ضررٌ عليهم ، لا يضمن ، لأنه فعل ما يجوز له شرعاً ، والجواز الشرعي ينافي الضمان .

وعلى هذا ، الوكيلُ والمضارب والمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والمتولي على الوقف في كل ما يجوز لهم فعله ، لا ضمان عليهم — ولكل منها فروع كثيرة فلتستنبط من محلها .

بحث

ذكر الفاضل علي حيدر افندي انه خرج المضطر من القاعدة ، اذ جاز له اكلُ مال الغير مع انه يضمن له . واظن ان هذا وهمٌ لأن اكل المضطر ليس عن جواز له مشروع بأصله ، بل عن ترخيص له ، بمعنى ان الشيء الممنوع عند الاضطرار ، يعامل معاملة المباح في تناوله بلا اثم بقدر الضرورة ، لما في المادة ٢٢ « الضرورات تقدر بقدرها » والمادة ٣٣ « الاضطرار لا يبطل حق الغير » فلا تكون هذه المسئلة داخلةً في موضوع البحث ، اعني الجواز الذي هو من اصله مشروع على الاطلاق ، لا الممنوع المرخص عند الاضطرار .

نعم المسئلة الثانيه المصرحة في المادة ١٠٨٦ تشملها القاعدة ، وقد خرجت عنها ، وهي : « اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك يكون الآخر قائماً على ذلك البستان ، وعند ادراك الثمرة يأخذ حصته منها ، وله ايضاً بيع حصة الغائب وحفظ ثمنها . لكن يكون الغائب عند حضوره مخيراً : ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ ، وان شاء لم يجز وضمنه حصته » وهي منقولةٌ عن جامع الفصولين في التصرف في الاعيان المشتركة . الا ان الزام الضمان انما هو فيما لو لم يرفع الآمر

الى القاضي ، وهذه عبارته : (ارضٌ وكرمٌ بين حاضر وغائب ، او بين بالغ ويتيم ، فالحاضر او البالغ يرفع الأمر الى القاضي ، ولو لم يرفع ففي الارض يزرع بحصته و يطيب له ذلك ، و يقوم على الكرم فيبيع ثمره و يأخذ حصته ، وتوقف حصة الغائب او يبيع له ذلك . واذا قدم الغائب ضمنه القيمة او اجاز بيعه) ومثله في مجمع الضمانات عن الخانية وكذا في الهندية .

فاذا كان رفع الأمر الى القاضي لازماً عليه ، يكون الضمان لمخالفة ما يلزمه شرعاً فلا تكون داخلةً في القاعدة حتى تخرج — وعبارة المجلة مطلقةٌ عن هذا القيد اتباعاً لعبارة اخرى في الفصولين رامزاً فيها الى (م) فباعتبار الاطلاق تكون خارجةً عن القاعدة لاجتماع الجواز الشرعي والضمان .

وقد خفي على الضعيف الوجه الموجب لخروج هذه المسئلة عن القاعدة ، لأن الخارج عن اشباهه في حكم لا بد وان يكون له خصوصيةٌ من سببٍ او علةٍ لم توجد في افراد القاعدة وبالأخص اذا باع بإذن القاضي ، مع ان له ولاية نظرية في مال الغائب ، فكيف يكون له بعد الحضور الخيار في اجازة البيع او التضمين — سلمنا ان هذا منقول ولا يسع الفكر فيه الا التسليم . لكن ينبغي بمقتضى القواعد ان يكون ذلك عند عدم قيام المبيع في يد المشتري ، والا فيقال للشريك الغائب : حيث لم تجز البيع خذ حصتك من يد المشتري . والمادة ١٠٨٦ وعبارة الفصولين الثانية اطلقت التضمين ، فكيف يأتلف عدم الاجازة ، حال قيام المبيع في يد المشتري ، مع ابقائه في يده وتضمين شريكه البائع ؟ وهذا حكم الغصب ، اعني الخيار بين تضمين الغاصب ، او اخذ المغصوب من يد المشتري .

ونظير هذه المسئلة في الخروج عن القاعدة حيث اجتمع الجواز الشرعي والضمان ما في كتاب اللقطة ان الملتقط بعد الإشهاد عليها والإعلان المدة التي بينها الفقهاء ، اذا غلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها ، فله الخيار : ان شاء تصدق بها ، وان شاء ابقاها حتى يأتي صاحبها . فان جاء وكان تصدق بها ولو على نفسه ان كان فقيراً ، فله الخيار : ان شاء اجاز ما فعل والثواب له ، وان شاء ضمن الملتقط قيمتها — لكن صرحوا هناك : لو كانت العين قائمةً بيد المتصدق عليه او الملتقط ، اخذها ولا ضمان .

وقد ذكر الزيلعي في التبيين وجه الضمان : وهو ان الملتقط تصرف في مال صاحبها بغير اذنه ، وهو موجب للضمان . وقال : اذنُ الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه ، اي لم يحتم عليه التصدق بها ، وانما اباح له ذلك فصار كتناول مال الغير حال المخمصة ، اي في لزوم الضمان اهـ كلامه .

وقوله «اذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه» لا يخلو عن نظر : لانه مصادمٌ للقاعدة المارة ، ومنافٍ لفروعها المتقدمة . لأن كل فرع من الفروع المنقولة في عدم الضمان ما هو الا الجواز الشرعي ، بمعنى انه جائزٌ لفاعله شرعاً ان يفعله ، لا واجب عليه . وما جاز للفاعل فعله شرعاً فهو مأذونٌ به لأن الجواز الشرعي هو الإذن من قبل الشرع . فالذي يظهر ان هذا التوجيه ذهول قلم .

فبقي الإشكال في مسئلتي الشريك والملتقط ، من حيث انهما خرجا عن القاعدة ولم يهتد الفكر الى الخصوصية المخرجة لها . وزد على هذا مسئلة بيع الشريك في الزامه الضمان لشريكه الغائب ، وان كان المبيع قائماً في يد المشتري ، على ما هو المفهوم من اطلاق التضمين وعدم تقييده بهلاك المبيع . والى الآن لم اعثر على نقلٍ يفيد التقييد . وحيث لم يبق من جهد المقل الا دموعه ، فيمكن اللهم ان يقال في وجه خروج المسئلة الأولى عن القاعدة ، ان شريك الغائب مأذونٌ له دلالةً في بيع حصته في مثل ثمار كرمٍ او بستانٍ يخشى فسادها او ضياعها ، لأنه من الممكن ان يخابره الغائب في ابقاء حصته فينفذ البيع بناءً على الاذن دلالةً . ثم تصريحه بعد حضوره بعدم الاجازة ، لا يؤثر في رفع عقدٍ قامت فيه قرينة الاذن . والصريح وان كان اقوى من الدلالة ، لكن اذا وقع الصريح بعد العمل بموجب الدلالة فلا عبرة للصريح : كما لو باع فضوليٌ مال آخر ، فنفاذه موقوفٌ على اجازة المالك . فلو بلغه فطلب الثمن فهو اجازةٌ دلالةً . فلو قال بعد ذلك لست راضياً بالبيع ، فالبيع ماضٍ ولا يُلتفت لصريح رده (تنوير الابصار) راجع شرح المادة(١٣) ثم ولكون هذا البيع تصرفاً في مال الغير ، ودلالة الإذن ضعيفة ، وقد عارضها اخيراً صريح الرد ، أعملوها في صحة البيع ، لكن لا في حكمه من كل وجه ، فأوجبوا الضمان ، وسكتوا عن اخذ المبيع اذا كان قائماً . وصرحوا به في مسئلة اللقطة ورفيق السفر ، اعني ما في رد المحتار عن ادب الأوصياء : مات في

السفر فباع رفقاؤه تركته ، وهم في موضع ليس فيه قاض ، قال الإمام محمد: جاز بيعهم وللمشتري الانتفاع بما اشتراه منهم ، ثم اذا جاء الوارث ان شاء اجاز البيع وان شاء اخذ ما وجده من المتاع ، وضمّن ما لم يجد كاللقطة اذا جاء صاحبها يأخذها ، فإن لم يجد ، فله ان يضمن الذي اصابها ، وله ان يجيز التصدق .

اما الضمان في اللقطة فقد ثبت بالحديث الشريف ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم «من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم وهو احق بها وان لم يجيء صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء ، راوه احمد وابن ماجه — علق الشارع صلى الله عليه وسلم التصدق بها بقوله «فهو مال الله تعالى الخ» على عدم مجيء صاحبها .. فيستفاد انه متى جاء قبل التصدق بها او بعده ، فهو احق بها عيناً او بدلا .

والحاصل ان الإذن الشرعي انما اعقبه بالجملتين الشرطيتين لبيان ماذا يكون من العمل بعد الرفع . فهو تفصيل بعد اجمال ، والضمان المعلوم من قوله «فهو احق بها» ما تسبب عن الرفع حتى يجتمع الجواز الشرعي والضمان — ولأن اخذ مال الغير بلا عقد ولا عوض حرامٌ فقوبل بالضمان — فان قلت : الملتقط ما اخذها بل تصدق بها ، قلنا ان كان على نفسه فظاهر ، وان على غيره ، فقد انتفع ايضاً بالثواب ، وهو اكبر من الانتفاع بذاتها .

المادة ٩٢ = المباشر ضامن وان لم يتعمد

لأن المباشرة علةٌ للتلف اسماً لإضافة الحكم اليها ، ومعنىً لأنها مؤثرة فيه ، وحكماً لعدم تراخي الحكم عنها . فيضمن وان كان مخطئاً سواء كان الخطأ في نفس الفعل نحو ان يقصد صيداً فأصاب شاةً لانسان ، او في ظن الفاعل نحو ان يظن الشاة حجراً فاصابها بسهمه ، او لم يكن هذا ولا هذا ، كما لو انقلب وهو نائمٌ على مال فأتلفه — قال «وان لم يتعمد» لأنه مع التعمد من باب اولى وعليه الإثم ، وبدونه ضمانٌ ولا اثم .

يتفرع على هذا ما في مجمع الضمانات: رمى سهماً الى هدف في ملكه ، فتجاوزه واتلف شيئاً لغيره ، ضمن — تعلق برجل وخاصمه ، فسقط من المعلّق به شيء فضاع ، قالوا يضمن المتعلق —و ينبغى ان يكون الجواب على التفصيل : ان سقط بقرب من صاحبه وهو يراه وامكنه اخذه ، لا يكون ضامناً ، والا كان ضامناً — رجل دقّ في داره شيئاً ، فسقط من ذلك في دار جاره شيء وتلف ، كان ضمان ذلك على الذي دق في داره — رجل اذن لغيره بالجلوس على سطح داره ، فانخسف به ، فوقع على مملوك الآذن ، ضمن الجالس — صبي بال على سطح فنزل من الميزاب واصاب ثوباً فافسده ، غرم الصبي (فصولين) لأنه مباشر .

وعلى هذه القاعدة يتفرع القتل عن مباشرة خطأ ، كأن يرمي شخصاً ظنه صيداً ، او رمى غرضاً فاصابه ثم رجع عنه ، او تجاوز عنه الى ما وراءه فأصاب رجلاً فقتله ، لا قود فيه بل الدية على العاقلة وعليه الكفارة ، ولحقه اثم دون اثم العمد لتركه العزيمة ، وهي المبالغة في التثبت . ولكونه وقع مباشرةً لا تسبباً يوجب حرمان الارث (تنوير ودر مختار) انظر المواد ٩١٢ و٩١٣ و٩١٤ و٩١٥ و٩١٦ .

المادة ٩٣ - المتسبب لا يضمن الا بالتعمد .

المتسبب ما كان فعله مفضياً الى الحكم ، كالتلف مثلاً من غير تأثير ، وانما المؤثر هو العلة المتوسطة — لكن تلك العلة قد لا يصح اضافة الحكم اليها ، فيضاف الى السبب . فعند ذلك ينظر : ان كان نحو التلف حاصلاً عن فعل المتسبب بغير حق كحفر البئر في الطريق العام او في ملك الغير ، يضمن ما تلف فيه وان لم يتعمد ، لأنه متعمد بنفس الفعل . وان حاصلاً عن فعل مباح له في ذاته ، الا انه تعمده بقصد ايجاد العلة المؤثرة التي حصل منها التلف ، ولا تصلح لإضافة الحكم اليها ، يقال متسبب متعمد ، فيضمن .

فمن قبيل الاول المادة ٩٢٤ : يشترط التعدي في كون التسبب موجباً

للضمان ، على ما ذكر آنفاً . يعني ضمان التسبب في الضرر مشروط ان يكون فعله مفضياً الى ذلك الضرر بغير حق . مثلاً : لو حفر احدٌ في الطريق العام بئراً بلا اذن اولي الأمر ، ووقعت فيها دابةٌ لآخر وتلفت ، يضمن . واما لو وقعت الدابة في بئرٍ كان قد حفرها في ملكه وتلفت ، لا يضمن . اي لزم الضمان لحفر البئر بغير حق ، وعدمه لحفرها بحق ، وهو التصرف في ملكه . كذلك لو هدم بيت نفسه ، فانهدم به بيت جاره ، لا يضمن (مجمع الضمانات) والوجه ظاهر ، لأنه غير متعد .

ومن قبيل الثاني ما في المادة (٩٢٣) لو جفلت دابة احد من الآخر ، وفرت فضاعت ، لا يلزم الضمان . واما اذا كان اجفلها قصداً ، يضمن . وكذا اذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصدا للصيد ، فوقعت وتلفت او انكسر احد اعضائها ، لا يلزم الضمان — واما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد اجفالها ، يضمن .

ومن هذا ما في الخانية : رجلٌ اراد ان يحرق حصائد ارضه ، فأوقد النار في حصائده ، فذهبت النار الى ارض جاره واحرق زرعه ، لا يضمن الا ان يعلم انه لو احرق حصائده تتعدى النار الى زرع جاره ، لأنه اذا علم ذلك كان قاصداً احراق زرع الغير اه — فانظر كيف اوجب الضمان بالتعمد ، وجعل العلم دليلاً عليه قائماً مقامه ، كما تقدم في المادة ٦٨ « دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه » .

وفي الفصولين عن التجنيس : سقى ارضه فتعدى الماء الى ارض جاره ، فلو اجرى الماء في ارضه اجراءً لا يستقر في ارضه وانما يستقر في ارض جاره ، ضمن اه — اي لأن هذه الحالة دليل التعمد . ولو يستقر في ارضه ثم يتعدى الى ارض جاره ، فلو تقدم اليه جاره بالسكر والإحكام ولم يفعل ، ضمن . ويكون هذا كاشهاد على حائط مال . ولو لم يتقدم ، لم يضمن . ولو ارضه صعوداً وارض جاره هبوطاً يعلم انه لو سقى ارضه نفذ الى جاره ، ضمن ، ويؤمر بوضع المسناة .

فعلم من هذه المسائل ومن اشارة المجلة للتعمد بالمثالين المذكورين في المادة (٩٣٢) وللتعدي بالمثال المذكور في المادة (٩٢٤) ان التعدي غير التعمد ، من حيث ان التعدي فعل السبب بغير حق ، فيضمن تعمد ام لا والتعمد فعلٌ بقصد

الضرر — نعم لا ينكر كون التعدي لازماً للعمد ، فإن متعمد الضرر متعد لمجاوزته حد الشرع الآمر بعدم الاضرار . فكل متعمد متعد ، ولا عكس .

فما ذكره الفاضل علي حيدر افندي انه يشترط لضمان المتسبب شرطان : التعمد والتعدي معاً ، فيه نظر لا يخفى .

واما لو كانت العلة يصح اضافة الحكم اليها بأن كانت فعل فاعل مختار ، فصورته : رجل خرج من خان ليلا ، وخلى الباب مفتوحاً ، فسرق من الخان شيء ، لم يضمن (مجمع الضمانات)

واعلم ان فعل الفاعل المختار المتوسط بين السبب والحكم ، هل يشترط ان يكون ممن يعقل ؟ عند الاول والثاني لا ، خلافاً لمحمد . فعلى هذا لو حل قيد عبد الغير ، او رباط دابته ، او فتح اصطبلها ، او فتح قفص طائر ، فذهبت هذه المذكورات ففي العبد لا ضمان بالاتفاق ، الا اذا كان مجنوناً ، فحكمه كمن لا يعقل فهو على الخلاف . وفي الدابة والطير لا يضمن عند الإمامين ، لأن عدم العقل في الحيوانات العجم لا ينافي ان لها اختياراً . وعند الإمام محمد يضمن ، لأن فرار الحيوان وطيران الطير امر طبيعي — كمن شق ظرف خل لغيره فسال ، يضمن ، لأن السيلان من طبيعته . وقد مشت المجلة على قول الإمام محمد .

المادة ٩٤ = جناية العجماء جبار .

العجماء من العجمة ، وهي في الأصل الكنة في اللسان يقال بهيمة عجماء ، لأنها لا تفصح ولا تتكلم — وجبار (بضم الجيم) اي هدر (بالتحريك) وهو الباطل السابق من دم وغيره يعني الاتلاف الذي يحدثه الحيوان بنفسه هدر لا ضمان فيه على صاحبه . يتفرع عليها ما في المادة ٩٣٩ (اذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه ، فاتلفت احدى الدابتين الأخرى ، لا يلزم الضمان — مثلاً لو اتلفت دابة احد الشريكين في دار دابة الآخر عند ما ربطاهما في تلك الدار ، لا يلزم الضمان — ومثله الفقرة الأولى والثالثة من المادة ٩٣١ .

قيدنا الاتلاف الذي يحدثه الحيوان بكونه في نفسه ، ليخرج ما لو كان صاحب الدابة مقصراً او متعدياً او متسبباً ، فعندها يلزم الضمان — فلو استهلك حيوانٌ مال احدٍ ورآه صاحبه ولم يمنعه ، يضمن . راجع الاستدراك الواقع في المادة ٩٢٩ .

وفي مجمع الضمانات : رأى حماره يأكل حنطة غيره ، فلم يمنعه حتى اكلها ، ففيه اختلاف المشايخ ، والصحيح انه يضمن . فوجوب الضمان لتقصيره في عدم المنع كما في مسئلتنا .

كذلك يضمن راكب الدابة وقائدها وسايقها الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها او لطمة يدها او رأسها ، لأنه — باعتبار كونه المسيّر للدابة وسيرها منسوبٌ اليه — كالمباشر ، والمباشر متعمد . راجع المادة ٩٣٣ والفقرة الأولى والثالثة من المادة ٩٣١ .

ومثال الضمان بالتسبب . ما لو سيّب دابته في الطريق العام ، او في ملك الغير ، يضمن الضرر الذي احدثته كما في المادة ٩٣٥ .

واعلم ان المتسبب لا يضمن الا اذا كان متعديا ، لما في البزازية : حفر بئراً في المفازة بلا اذن الإمام ، وليس بممَرٍ ولا طريق ، فجاء انسان ووقع فيها ، لا يضمن ونقل عن الذخيرة : انما لا يضمن لأنه غير متعد فيه ، لأنه يملك الإرتفاق بهذا الموضع نزولاً وربطاً للدابة وضرباً للفسطاس من غير شرط السلامة ، لأنه ليس فيه ابطال حق المرور على الناس ، فكان له الإرتفاق من حيث الحفر اما للطبخ او للاستقاء ، ولهذا لا يكون متعدياً في هذا التسبب .

يشير الى ذلك كله ما في الهندية ، حيث قالت : يجب ان يعلم بأن جناية الدابة لا تخلو من ثلاثة اوجه : اما ان تكون في ملك صاحب الدابة ، او في ملك غيره ، او في طريق المسلمين .

فان كانت في ملك صاحب الدابة ولم يكن صاحبها معها ، فإنه لا يضمن صاحبها ، واقفة كانت الدابة او سائرةً ، وطئت بيدها او برجلها ، او نفحت بيدها او برجلها ، او ضربت بذنبها ، او كدمت .

وان كان صاحبها معها ، ان كان قائداً لها او سائقاً لها ، فكذا لا يضمن

صاحبها في الوجوه كلها . وان كان صاحب الدابة راكباً عليها والدابة تسير ، ان وطئت بيده او برجلها يضمن ، وعلى عاقلته الدية . وان كدمت او نفحت برجلها او بيدها ، او ضربت بذنبها ، فلا ضمان ، اي لعدم امكان التحرز عنه .

وان كانت في ملك غير صاحبها فإن دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بأن كانت منفلتة ، فلا ضمان على صاحبها ، اي لأن هذا محض فعلها ، وهو جبار . وان دخلت بادخال صاحبها فصاحب الدابة ضامنٌ في الوجوه كلها سواء كانت واقفةً او سائرةً وسواء كان صاحبها معها ليسوقها او يقودها او كان راكباً عليها او لم يكن معها — وان كان باذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه .

وان كانت في طريق المسلمين ، فإن كانت الدابة واقفةً في طريق المسلمين صاحبها اوقفها ، يضمن ما تلف بفعل الدابة في الوجوه كلها . وان كانت سائرةً ولم يكن صاحبها ، فإن سارت بارسال صاحبها ، فصاحبها ضامنٌ ما دامت تسير في وجهها ولم تسر يميناً وشمالاً اهـ .

فقد احتوت هذه العبارة على ضوابط : منها ان الدابة اذا وطئت بيدها او رجلها وهو راكبها يضمن ولو في ملكه ، لأن هذا مباشرة يضاف التلف الى تسييره وعدم ضبطه ، الا اذا جمحت بحيث ليس في امكانه ردها .

ومنها ان ما عدا صورة الركوب لا يضمن ما اتلفت في ملكه في كل الأحوال

ومنها انها اذا اتلفت في غير ملكه ينظر : فإن كانت دخلت في ملك الغير بنفسها من دون ادخال صاحبها ، فلا ضمان ، لأن جنايتها هدر ولم يوجد من صاحبها تعدٍ ولا تسببٌ ولا تقصير . وان بإدخال صاحبها ، يضمن في كل حال وفي ايقافها في طريق المسلمين يضمن ايضاً في كل حال ، لأنه متعد اذ لا حق له بالإيقاف

المادة ٩٥ - الامر بالتصرف في ملك الغير باطل .

الملك ما يملكه الانسان سواء كان اعياناً او منافع كما في المادة ١٢٥ اثبت الشرع لصاحبه فقط قدرةً على التصرف به — والتملك يكون بأسباب كالمعاوضات

المالية والأمهار والخلع والميراث والهبات والصدقات والوصايا والوقف والقسمة والاستيلاء والاحياء وتملك اللقطة بشرطه ودية القتيل يملكها اولا ، اي بقدر دخولها في ملكه في آخر جزء من حياته ثم ينتقل الى الورثة .

وفي الفصل ٣٣ من جامع الفصولين في شركة الأملاك : «لم يجز لاحد الشريكين ان يتصرف في نصيب الآخر الا بإذنه ، وكلٌ منهما في نصيب شريكه كأجنبي »

وهذه المادة تؤول الى معنى المادة (٨٩) اذ تقدم ان الفعل يضاف الى الفاعل لا الآمر ، وهنا حيث كان الأمر باطلاً كالعدم ، فالمؤاخذة على الفاعل المأمور دون الآمر — فلو امر احدٌ رجلاً بأن يأخذ مال الآخر او يلقيه في البحر او يهدم بيته او يمزق ثيابه ففعل ، ضمن الفاعل ، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل . انظر المادة ١٥١٠ — لكن هذا ما لم يكن الآمر مجبراً والضمان عليه في الاجبار الملجيء ، لأن الإجبار اذا كان بملجيء فتصرفات المأمور قولية او فعلية غير معتبرة . وبغير الملجيء لا اعتبار للتصرفات القولية فقط ويضمن بالفعلية : راجع المادة ١٠٠٧ — وما لم يكن الآمر وصيّاً او وليّاً او وكيلاً ، فيجوز لوصي اليتيم وولي الصغير ان يأمر غيره بالتصرف في مال اليتيم كما يجوز بنفسه ، وهكذا ابو الصغير والوكيل اذا كان مأذوناً بالتوكيل ، له ان يوكل غيره بالتصرف في مال الغير الموكل به .

وعن هذا لو قال الدائن لمدبونه : اعط الدين الذي لي عليك لمن شئت ، او القه في البحر ، لا يبرأ ، لأن الأمر انصرف الى ملك المأمور لا الآمر فإنه اذا اقضي الدائن دينه بدفع ما هو ملكه وهو المثل ، يصير له في ذمة الدائن مثل ما في ذمته ، فيلتقي الدينان قصاصاً . فالأمر بما ذكر صادف ملك الغير ، لا ملك الآمر ، فلا يصح .

كذلك لو قال لآخر ، وليس بينهما خلطة : ادفع الى زيد الف درهم ، فدفع ، رجع على زيد لا على آمره للعلة المذكورة ، وهي عدم صحة الأمر — ومعنى الخلطة ان يكون بينهما اخذ واعطاء ومواضعة ، على انه متى جاء رسول هذا او وكيله يبيع منه او يقرضه فإنه يرجع على الآمر بالاجماع ، لأن الضمان بين

الخليطين مشروطٌ عرفاً ، اذ العرف انه اذا امره شريكه او خليطه بدفع مالٍ الى غيره فإنما بأمره ليكون ديناً على الآمر ، والمعروف كالمشروط اه . (فصولين من الفصل الرابع والثلاثين) وفيه : سقَفَ منزل امرأته بأمرها ، فالسقف لها . ولو بلا امرها ، فله رفعه .

ولا يتوهم نقضاً على القاعدة ما فيه عن فتاوى رشيد الدين « امرقنا بإباق ، او قال له : اقتل نفسك ، ففعل ، ضمن قيمته — ولو امره باتلاف مال مولاه ، فأتلفه ، لم يضمن الآمر ، لأنه يتبين الوجه في ذلك فقال اذ بأمره بإباقٍ او قتلٍ صار غاصباً اذا استعمله في ذلك الفعل . واما بالأمر بإتلاف مال مولاه لم يصر غاصباً لماله ، وانما صار غاصباً لقنه ، وهو لم يهلك ، وانما المتلف مال المولى بفعل قنه — ولا تنس ما في شرح المادة (٨٩)من ان بعض مسائل نص عليها الفقهاء في تضمين الآمر مع عدم صحة الأمر ، وقد بينا ان العلة وجود التغرير من الآمر ، وقد مرت امثلتها فارجع اليها .

المادة ٩٦ — لا يجوز لأحد ان يتصرف في مال الغير بلا اذنه .

هذه عبارة الدر المختار في اواخر كتاب الغصب — وعدم الجواز شاملٌ لجميع انواع التصرف من استعمالٍ كركوبٍ ولبسٍ ووضع جذعٍ على حائطٍ ودخول دارٍ ومرورٍ بأرضٍ ، ومن اعارةٍ وايداعٍ واجارةٍ وصلحٍ وهبةٍ وبيعٍ ورهنٍ وهدمٍ وبناء . وجميع ما يجرِ به من العقود تمليكاً بعوض او بغيره يتوقف على اجازته ، بإن اجاز نفذ لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . فامتناع جميع ذلك يتفرع على هذه القاعدة . راجع المواد ١٢١٩ و٣٦٥ و٤٤٦ و٨٥٧ و١٥٤٦ و١٠٧٥ و٧٨ ١ و١٠٧٩ و ٣٧٨ و ٧٩٩ فتصرف الغير في مال الغير ممنوعٌ الا ان تكون وصايةٌ او ولايةٌ او تدعو ضرورةٌ ، فيجوز . فلو كان لصاحب المالِ وصيٌ او وليٌ ، جاز تصرفه في ماله للإذن الشرعي . وكذلك عند الضرورة لأن الضرورات تستثنى من القواعد العمومية . كما لو سقط ثوبه في

ببت غيره ، وخاف لو اعلمه اخذه اه (فروع الدر المختار من الغصب) ثم الإذن يكون صريحاً كتوكيل شخص آخر بتصرف ما في ماله ، وقد يكون دلالةً كأجير رعي الغنم رأى شاةً اشرفت على الموت فذبحها لئلا تموت حتف انفها فلا ينتفع بها صاحبها ، لا ضمان استحساناً ، للإذن دلالةً .

وقد نقل في رد المحتار عن الأشباه وحواشيها مسائل مستثناة من القاعدة ترجع للضرورة او للإذن دلالةً ، وهي : يجوز للولد والوالد اذا مرض احدهما الشراء من مال المريض ما يحتاج اليه المريض بلا اذنه ، ولا يجوز في المتاع . وكذا احد الرفقة في السفر ، لأنه بمنزلة اهله في السفر .

وكذلك لو انفق المودَع على ابوي المودِع بلا اذنه ، وكان في مكان لا يمكن استطلاع رأي القاضي ، لم يضمن استحساناً . واطلاق الكنز الضمان محمول على الإمكان .

واذا مات بعض الرفقة في السفر ، فباعوا فراشه وعدته وجهزوه بثمنه وردوا البقية الى الورثة ، او اغمي عليه فانفقوا عليه من ماله ، لم يضمنوا استحساناً — وحكي عن محمد انه مات بعض تلامذته ، فباع محمد كتبه لتجهيزه ، فقيل انه لم يوص ، فتلا قوله تعالى (والله يعلم المفسد من المصلح) فما كان على قياس هذا لا يضمن ديانةً ، اما في الحكم فيضمن .

وكذا المأذون في التجارة لو مات مولاه فانفق في الطريق ، لم يضمن — وكذا لو انفق بعض اهل المحلة على مسجد لا متولي له من غلته لحصير ونحوه ، او انفق الورثة الكبار على الصغار ولا وصي لهم ، او قضى الوصيُّ ديناً عَلِمَه على الميت بلا معرفة القاضي والورثة ، فلا ضمان في الكل ديانة .

وفي التاترخانية : وضعَ القدر على الكانون وتحتها الحطب ، فجاء آخر واوقد النار فطبخ ، لا يضمن استحساناً .

ومن هذا الجنس خمس مسائل احداها هذه . الثانية : طحن حنطة غيره ، ضمن . ولو ان المالك جعل الحنطة في الدورق وربط الحمار ، وجاء آخر فساقه ، لا يضمن .

الثالثة : رَفع جرة فانكسرت ، ضمن . ولو رفعها صاحبها وامالها الى نفسه ،

فجاء آخر واعانه فانكسرت ، لا .

الرابعة : حمّل على دابة غيره فهلك ضمن . ولو حملها المالك شيئاً فسقط فحملها آخر فهلكت ، لا .

الخامسة : ذبح اضحية غيره في غير ايامها لا يجوز ، و يضمن . ولو في ايامها يجوز ولا يضمن .

ومن جنسها : احضر فعلة لهدم دار فجاء آخر وهدمها ، لا يضمن استحسانا .

ذبح شاة القصاب، إن بعد ما شد القصاب رجلها ، لا يضمن . والا ضمن .

والأصل في جنس هذه المسائل : كل عمل لا يتفاوت فيه الناس تثبت الاستعانة من كل احد دلالة ، والا فلا فلو علّقها بعد الذبح للسلخ ، فسلخها آخر بلا اذنه ، ضمن .

وفي القنية : اخذ احد الشريكين حمار صاحبه الخاص وطحن به فمات ، لم يضمن للإذن دلالة — قال : عرف بجوابه هذا انه لا يضمن فيما يوجد الإذن دلالة وان لم يوجد صريحاً . كما لو فعل بحمار ولده ، او بالعكس، او احد الزوجين او ارسل جارية زوجته في حاجة ، فأبقت اه والمادتان ١٠٧٨ و ١٠٧٩ من قبيل الإذن دلالة .

المادة ٩٧ — لا يجوز لأحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي.

اي لا يحل في كل الأحوال عمداً او خطأً او نسيانا ، جداً او لعباً ، ان يأخذ احدٌ مال احد بوجه لم يشرعه الله تعالى ولم يبحه ، لأن حقوق العباد محترمة لا تسقط بعذر الخطأ والنسيان والهزل وغيره . وذلك كالغصب والسرقة والقمار والربا والرشوة والدعاوي الباطلة وشهادة الزور واليمين الكاذبة والعياذ بالله تعالى والصلح مع العلم بأن المقضي له ظالم .

وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للخصمين انما انا بشرٌ وانتم تختصمون اليّ ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيتُ له

بشيء من حق اخيه فلا يأخذ منه شيئاً فان ما اقضي له قطعة من نار) فبكيا وقال كل واحد منهما حقي لصاحبي ، فقال (اذهبا فتوخيا ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه)

فمن تناول مال احد بإحدى هذه الطريق فهو ظالم غاصب يجب عليه رده قائماً ، او مثله او قيمته هالكاً .

ومن هذا قال في متن التنوير : « لو تصالح المدعي والمدعى عليه على شيء اخذه المدعي ، ثم قال المدعى بعده : ما كان لي قبله حق ، بطل الصلح ، اي ووجب على المدعي رد ما اخذه من المدعى عليه » — وقد افتى في الحامدية فيما اذا قبض متولي وقف بر بعض مال الوقف عن سنة كذا المعلومة ، ومات مجهلاً ، وتولى الوقف زيد وقبض مال الوقف عن سنة اخرى تلي الأولى ، وطالبه ارباب وظائف الوقف بالمنكسر لهم عن جوامكهم عند المتوفي عن السنة الأولى ، فدفعه لهم من غلة السنة التالية للاولى ظاناً لزومه لهم من غلة الثانية ووجوبه ، ولم يشرط الواقف صرف ريع سنة في سنة ، ولا نص عليه السلطان في توليته ، ويريد الرجوع عليهم بنظير ما دفعه لهم ومحاسبتهم به عما يستحقونه في الثانية ، فهل للمتولي ذلك ؟ — الجواب نعم — اي لأن حق ارباب الجرامك عن السنة الأولى باق في ذمة المتولي السابق الذي قبضه ومات محهلا .

ثم نقل عن شرح الوهبانية ان من دفع شيئاً ليس بواجب فله استرداده ، الا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القابض اه .

وقد صرحوا بأن من ظن ان عليه ديناً فبان خلافه ، رجع بما ادى . ولو كان قد استهلكه رجع ببدله .

كذلك لو اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع كان عند البائع بعد حدوث عيب آخر عنده مانع من الرد ، واخذ من البائع نقصان العيب ، ثم زال العيب الحادث فاراد رده على بائعه ، يرد المبيع مع النقصان ، لأنه اذا رده واعيد له الثمن يكون ما اخذه من نقصان العيب ، بلا سبب شرعي لانفساخ البيع ، فلا يحل له .

قالت المجلة « بلا سبب شرعي » احترازاً عن وجود سبب شرعي للأخذ ، فيجوز . كالمعاوضة المالية في البيع ، يحل لأحد المتعاقدين اخذ الثمن وللآخر اخذ

المبيع . وكالإجارة يحل لأحدهما الانتفاع بالمأجور وللآخر اخذ الأجرة . وكذ التمليكات والكفالة والحوالة ، وكل ما ورد فيه الجواز الشرعي .

ومن الأسباب الشرعية لجواز الأخذ الاضطرار ، فللمضطر اكل مال الغير عند المخمصة بدون اذنه ، ثم يضمن لمالكه ما أكله .

المادة ٩٨ = تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات .

يعني ان الشيء اذا تغيرت صفة مملوكيته بأن كان ملكاً لآخر ، يقوم تبدل الملك مقام تبدل الذات وان كانت الذات هي هي لم تتغير .

والأصل في هذا ما في الحديث الشريف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوماً على بريرة معتقة عائشة رضي الله تعالى عن ابيها وعنها فقدمت اليه تمراً ، وكان القدر يغلي من اللحم ، فقال عليه السلام (الا تجعلين لي نصيباً من اللحم) ، فقالت يا رسول الله انه لحم تصدق به علي ، فقال عليه السلام (لك صدقة ولنا هدية) يعني اذا اخذتيه من المالك كان صدقةً عليكِ ، واذا اعطيته ايانا يصير هدية لنا . فعلم ان تبدل الملك يوجب تبدلاً في العين (شروح منار) .

يتفرع على هذا كثير من المسائل : منها ان الفقير اذا اخذ زكاة ثم وهبها لغني او هاشمي او باع منها ، حل ذلك المال لهما ، لتبدل العين بتبدل الملك .

ومنها لو تصدق رجل على قريبه فمات المتصدق عليه وعادت الصدقة اليه بالوراثة ، ملكها وما ضاع ثوابه — ومنها ان الواهب وان كان يصح رجوعه في هبته — عند عدم المانع — برضى الموهوب له او حكم الحاكم ، لكن كما جاء في المادة (٨٧٠) ان الموهوب له لو اخرج الموهوب عن ملكه الى آخر ببيع او هبة ، لا يبقى للواهب صلاحية الرجوع بالهبة ، لأن الموهوب بالانتقال من مالك الى آخر صار كأنه شيء آخر حكماً — واذا كان تبدل صفة الموهوب يمنع الرجوع ، كأن كان ثوباً فصبغه ، فتبدل الذات ولو حكماً اولى انظر المادتين ٨٦٩ و ٨٧٠ حتى لوعاد الى الموهوب له بملك جديد كشراء وغيره ، لا يصح رجوع الواهب .

ومثله لو مات الموهوب له وانتقل ملكه الى الوارث ٠

كذلك لو ادعى ملكا ارثاً عن ابيه، وشهد شهوده بأنه ورثه (من امه)، لا تقبل شهادتهم لعدم موافقتها للدعوى ، لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات انظر المادة ١٧١١ ٠

ومنها ما في المادة ٢٥٥ ان المشتري اذا زاد في الثمن بعد العقد ، وقبل البائع تلك الزيادة في المجلس ، لزمته — لكن بشرط قيام المبيع وقت الزيادة ، فلو بعد هلاكه ولو حكماً لا يصح ٠ والهلاك الحكمي تبدل الملك ، نحو ان يخرجه المشتري عن ملكه ، ثم يعود اليه بشراء ونحوه ، فلا تلزم الزيادة حينئذ لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات ٠ ففي التنوير وشرحه : «وصح الزيادة فيه — اي الثمن — ان قبل البائع في المجلس ، وكان المبيع قائماً ٠ فلا تصح بعد هلاكه ، ولو حكماً ، بأن باعه ثم اشتراه ثم زاده ٠ و يقرب من هذا ما في البدائع وغيرها ملخصاً ،ان الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على اموال المسلمين والذميين ولم يخرجوها الى دارهم فهي لم تزل باقية على ملك اصحابها فلو استردها الامام منهم وهي في دارنا تكون لاصحابها ولا تقسم بين الغانمين — واما بعد اخراجها الى دارهم واحرازهم اياها فتخرج عن ملكية اصحابها عند علمائنا — فعلى هذا اذا ظهر عليهم المسلمون واخذوها من ايديهم ثم قسمها الامام بين الغانمين في دارنا تدخل في ملكهم، و بناء على دخولها في ملك الغانمين صارت بمنزلة الاعيان المتبدلة: فان كانت مثلية لا يستردها المالك القديم لأنه لو اخذها لأخذها بمثلها فلا يفيد ٠ وإن قيمية لا يأخذها مجانا بل بقيمتها ان شاء ، رعاية للجانبين لتبدل سبب الملك

ولو اقر رجل بألف ثمن حنطة ثم بألف ثمن زبيب لزمه المالان الفان ، لأن اختلاف الاسباب يدل على اختلاف المسببات ٠ ولو لم يضف اقراره الى سبب كأن اشهد على الف في مجلس واشهد رجلين آخرين في مجلس آخر لزمه المالان ايضاً ،لان اختلاف المجلس والشهود يدل على اختلاف السبب، فقام مقامه ٠ كما لو تعدد الصك بأن حرر على نفسه سنداً بألف ثم سنداً آخر بألف ايضاً لزمه الفان لان تبدل الصك بمنزلة تبدل السبب ٠

المادة ٩٩ — من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه ·

اي كل شيء يستعجله الانسان قبل اوانه يحرم من النفع الذي يأتي منه عقاباً له ·مثلاً لو قتل مورثه مستعجلاً ارثه يعاقب بحرمانه من ارثه اذا كان القتل عمداً او شبه عمد او خطأً لا تسبباً ، لأن القاتل تسبباً ، ليس بقاتل حقيقة · كما لو حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه مورثه لا يوجب حرمان الارث وتجب الدية فقط ·

اطلق الحرمان وهو مقيدٌ بأن لا يكون القتل قصاصاً او بحقٍ في نفس الامر كما لو قتل العادل مورثه الباغي فإنه يرثه لأنه قتله بحق — او بزعم القاتل ولو بتأويل فاسد ضمت اليه المنعة كما لو قتل الباغي مورثه العادل فإنه يرثه لأنه حقٌ في زعم الباغي ، فإن البغاة يرون اباحة دم كل من ارتكب معصية صغيرة كانت او كبيرة ، على ما بين في باب البغاة ·

ومن ثم قال الزيلعي : القاتل عمداً بغير حق لا يرث ، الا في مسئلة ، وهي ما لو قتل الباغي العادل وقال انا على الحقِ اه · حموي — كذلك من طلق زوجته ثلاثاً او بائناً في مرض موته قاصداً حرمانها من الإرث ترثه ويحرم من هذا القصد ·

قال الحموي على الأشباه :فيه نظر ، لأن الميت لا يتصف بحرمان بعد موته وانما المحروم الورثة ، لأنه لم يكن حكم الا بعد موته ·

يقول الفقير : في تنظيره نظر ، لأنه ليس المراد حرمان الزوج المطلّق من الإرث حتى يرد ما ذكر ، بل الحرمان من قصده وهو عدم توريثها ، لأن كلاً من القاتل والمطلّق مسيء في قصده فردّ الشرعُ قصدهما عقاباً عليهما بأن حرم القاتل من الإرث وورّث الزوجة · يؤيده قول الكفاية (من استعجل ما اخره الشرع يجازى برده)فدخولها في القاعدة ظاهرٌ ليس فيه نظر — تأمل منصفاً ·

قال في الأشباه : وخرج عن هذه القاعدة مسائل ، الاولى قتلت امّ الولد سيّدها عتقت ولم تحرم · الثانية قتل المدبر سيده عتق ، ولكن يسعي في جميع قيمته لأن التدبير وصيةٌ بالعتق بعد الموت ولا وصية لقاتل ، الثالثة قتل صاحب الدين المديون حلّ

دينه · الرابعة امسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل ارثها ورثها ، الخامسة امسكها كذلك لاجل الخلع نفذ · السادسة شربت دواء لحاضت لم تقض الصلوة — السابعة باع مال الزكوة قبل الحول فراراً عنها صح ولم تجب — الثامنة شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر فأصبح مريضاً جاز له الفطر ·

☼ تنبيه ☼

زاد في زواهر الجواهر لهذه القاعدة قيداً يخرج المسائل المذكورة عنها ، فلا تكون من اصلها مشمولةً لها حتى يقال انها خرجت · حيث قال : من استعجل الشيء قبل اوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه — فتخرج المسائل المذكورة من حيث ان مصلحة الشرع اقتضت ثبوت عتق ام الولد والمدبر وبقاء الدين في ذمة المقتول المدبون ، وهكذا بقية المسائل ، فلا يعاقب بالحرمان من استعجلها بسوء القصد ·

ومن المشكل مسئلةٌ نقلها في الأشباه عن الطحاوي على انها من فروع القاعدة ،وهي بعيدة عنها يأبى مذهب الحنفية ان تدانيها بشيء من التأويل،وهي قوله: المكاتب اذا كان له قدرة على الأداء فاخره ليدوم له النظر الى سيدته ،لم يجز له ذلك لأنه منع واجباً عليه ليبقى ما يحرم عليه اذا اداه · ثم قال:ولم يظهر لي كونها من فروعها وانما هي من فروع ضدها ،: « وهو من اخر الشيء عن اوانه عوقب بحرمانه »

يقول الفقير: ووجه بعدها اولاً ان العبد عند علمائنا كالأجنبي في عدم حل نظره الى سيدته كما في كراهية الكنز ، وثانياً :ان المكاتب عند ائمتنا لا يجوز تعجيزه وارجاعه الى الرق اذا كان قادراً على اداء بدل الكتابة ، لما في كتب المذهب متوناً وشروحاً وفتاوى : مكاتبٌ عجز عن اداء نجم،ان كان له مال سيصل اليه ،لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة ايام، لأنها مدةٌ ضربت لإبلاء الاعذار،والاعجزه الحاكم وفسخها بطلب مولاه او فسخ مولاه برضاه·

فليت شعري هل يقال حرم من النظر وهو حرام عليه من قبل ، ام هل يقال انه استعجل الاداء مع انه مؤخرٌ · على انه لا يصح جعلها من فروع ضد القاعدة

ايضاً على مذهبنا ، اعني من اخر الشيء عن اوانه عوقب بحرمانه ، لأن القادر على الأداء لا يجوز الحكم بتعجيزه لفسخ عقد الكتابة ، كما سمعت ، حتى لو طلب العبد التعجيز وابى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال او كانت له قوة على السعي . واما اذا اراد السيد التعجيز واباه العبد فإنه لا يعجزه عند الإمام ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا بحكم حاكم ، وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة له على الاداء اه - فاذاً لم يحرم بتأخير الأداء من نعمة الخلاص من الرق بل على القاضي ان يجبره على الاداء ولا يحكم بتعجيزه .

نعم ، تجعلها من فروع ضد القاعدة يتأتى على مذهب الشافعية في ان فسخ عقد الكتابة يكون في الوجهين عند العجز او الامتناع عن اداء بدل الكتابة - هذا خلاصة ما ينبغي الكلام فيه في هذا المقام ، وفي عبارات الحموي ما له وما عليه والسلام .

ونظير قاعدة الضد من اخر الإيمان عن وقته الى زمان ظهور الآيات الملجئة مثلاً حُرِم لقوله تعالى : « لا ينفع نفساً ايمانها لم تكن آمنت من قبل » ولها فروع كثيرة تركناها خشية التطويل .

المادة ١٠٠ - من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردودٌ عليه

اي لما فيه من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه ، وهذا تدافع بين كلامين متناقضين يمنع استماع الدعوى ، فيكون سعيه مردوداً عليه انظر المادة (١٦٥٨) فلو باع عبداً وقبضه المشتري وذهب به الى منزله ، والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه ، فهو اقرارٌ منه بالرق فلا يصدق في دعوى الحرية بعده لسعيه في نقض الخ . الا ان يبرهن فيقبل (رد محتار عن البحر) .

واعلم ان التناقض انما يعتبر اذا كان امام خصم منازع لما في الفصولين عن الجامع الصغير : عينٌ بيد رجل يقول « هو ليس لي » وهناك من يدعيه يكون اقراراً بالملك للمدعي حتى لو ادعاه لنفسه لا يقبل (فتاوى القاضي ظهير

الدين) — والحاصل ان قول ذي اليد «ليس هذا لي» عند وجود المنازع اقرارٌ بالملك له، في رواية لا في رواية، وعند عدم المنازع لا يصح نفيه، حتى لو ادعاه احدٌ وقال ذو اليد « هو لي» صح دعوى ذي اليد باتفاق الروايات اه ·

والتناقض باطل لا تصح فيه دعوى ملك او منفعة ،كما في الدر من الاستحقاق، الاّ اذا وفّق المدعي ، اذ بالتوفيق يرتفع التناقض ·

وفي البزازية قال الحصيري: وعلامة التوفيق ان لا يصير بدعواه الثانية معرضاً عن الاول — والدين في كل ما ذكرنا كالعين ·

وهل يكفي امكان التوفيق ام لا بد منه بالفعل ؟— فيه خلاف · ونقل في رد المحتار عن البحر ، ان الاكتفاء بامكان التوفيق هو القياس ، والاستحسان ان التوفيق بالفعل شرط وفي منية المفتي «جواب الاستحسان هو الاصح»

وفي جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف : والأصوب عندي ان التناقض اذا كان ظاهر السلب والايجاب والتوفيق خفياً ، لا يكفي امكان التوفيق ، والاّ ينبغي ان يكفي الإمكان اه · يؤيده ما في رد المحتار عن (ح) : انه لو اقر انه له فمكث قدر ما يمكنه الشراء منه ، ثم برهن على الشراء منه بلا تاريخ قبل، لإمكان التوفيق بأن يشتريه بعد اقراره · ولأن البينة على العقد المبهم تفيد الملك للحال، ولذا لا تعتبر الزوائد واقره في نور العين ·

يقول الفقير : ومن تتبع الفروع يجد هذا التفصيل وجيهاً ، اذ من المواضع التي يكون التناقض فيها ظاهر السلب والإيجاب والتوفيق خفياً ، ما في الهندية عن الخلاصة : لو ادعى الصدقة منذ سنة ، ثم ادعى الشراء منه منذ شهرين واقام البينة ، لا تقبل الاّ اذا وفّق فقال : تصدّق عليّ وقبضته ثم وصل اليه بسبب من الأسباب ، اي كإعارة وابداع، فجحدني الصدقة فاشتريتها · و بيّن ان الصدقة هي السبب ، والشراء كان تخليصاً لملكه اه · اقول: فقد شرط هنا التوفيق بالفعل بقوله « الاّ اذا وفق فقال الخ ·· »

ومن هذا القبيل ما في الفصولين : اقر انه لا حق له قبل فلان ، ثم ادعى قنّاً بيده انه غصبه منه ، لا يصدق الا انْ يبرهن على غصبه بعد اقراره ، اذ البراءة ثبتت بيقين ، اي: هو الاقرار، فلا يبطل حكمها الا بيقين وهو البينة · بخلاف ما لو

ج ـ ١

اقر المدعي عليه ان جميع ما في يده من قليل وكثير لفلان، فمكث اياماً فحضر فلان ليأخذ ما في يده ، فقال ملكت هذا بعد اقراري ،صدق ، ليده في الحال واحتمال الصحة اه . اي واليد تصلح حجةً للدفع ، فيصدق لرفع التناقض في انه ملكه بعد الاقرار بلا بينة .

ومن المسائل التي شرطوا فيها التوفيق بالفعل ما في الفصولين : ادعى لغيره بوكالة ثم ادعاه لنفسه ، لا تسمع ، لأن ما هو ملكه لا يضيفه الى غيره عند الخصومة فتتمكن المنافاة ، الا ان يوفق بأن يقول كان له ثم شريته منه ، وبرهن على ذلك

ويستثنى من التناقض دعوى ما يخفى سببه كالنسب والطلاق والخلع والحرية والعتق . فالتناقض في مثل هذه المواضع عفو، تسمع فيها الدعوى وان لم يوفق . لكن اذا كان فيها سعي في نقض ما تم من جهته لا تسمع الا مع البينة . يؤيد ذلك ما في الهندية عن الفصول العمادية لو اقامت المرأة بينةً على الطلاق ثلاثاً ، بعد ما اختلعت نفسها ، لها ان تسترد بدل الخلع ، وان كانت متناقضة . وكذلك الزوج اذا قاسم اخا امرأته ميراثها واقر الأخ انه وارثها ثم اقام الأخ بينةً ان الزوج كان طلقها ثلاثاً ، قبلت بينته ويرجع الأخ على الزوج بما اخذ من الميراث .

وكذلك المكاتبة اذا ادت بدل الكتابة ، ثم اقامت بينة على اعتاق المولى اياها قبل الكتابة ، تقبل . وكذا العبد . وكذا المرأة اذا قاسمت ورثة زوجها الميراث وكلهم كبار . وقد اقروا انها زوجته ، ثم وجدوا شهوداً ان زوجها كان طلقها ثلاثاً في صحته فإنهم يرجعون عليها بما اخذت من الميراث اه .

فانظر في هذه المسائل كيف اشترطت فيها البينة لكونها سبباً في نقض ما تم من جهتهم ، فلا تسمع الدعوى بلا بينة معها و فقوا . وكذا النسب ، كما لو باع عبداً ولد عنده و باعه المشتري من آخر ، ثم ادعى البائع الأول انه ابنه ، يقبل و يبطل الشراء الأول والثاني ، لأن النسب يبتنى على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض (رد محتار عن العيني) — ومثله الحرية ، فلو برهن المشتري انه حرره قبل بيعه يقبل و يعفى فيه التناقض .

واما التناقض في غير موضع الخفاء فينظر : ان لم يكن قابلاً للتوفيق فهو باطل

لا تسمع فيه الدعوى كما لو ادعى شيئاً بالارث عن ابيه ثم ادعاه شراءً منه ، لا تسمع الدعوى ، لتعذر التوفيق لأن الموروث عن الاب لا يتأتى شراؤه منه بخلاف العكس بأن يدعي شراءه ثم يقول عجزت عن اثباته فورثته آخراً . كذا في جامع الفصولين — وكذا لو ادعى عليه الفاً ديناً فانكر ثم ادعاها من جهة الشركة لا تسمع ، و بالعكس تسمع ، لإمكان التوفيق لأن مال الشركة يجوز كونه ديناً بالجحود — وان قابلاً للتوفيق تقبل فيه الدعوى . وقد سبق ان امكان التوفيق يكفي قياساً ، وان الاصح التوفيق بالفعل استحساناً ، وقدمنا استصواب صاحب الفصولين النظر لدرجة ظهور السلب والايجاب في التناقض، ولقوة الخفاء وعدمها في التوفيق ، فيكتفي حينئذ بالإمكان ، او لا بد من الفعل .

والحاصل ان التناقض ان كان فيه سعي في نقض ما تم من جهته فهو مردود، الا في موضع الخفاء فيغتفر مطلقا امكن فيه التوفيق ام لا ، لكن بشرط البينة . وان لم يكن فيه سعي في نقض ما تم من جهته فإن امكن التوفيق او وفق بالفعل على مقتضى جواب الاستحسان ، فهو مقبول ولو بدون برهان . وان لم يكن التوفيق فغير مقبول اصلاً .

و ينبغي للحاكم فيما يمكن فيه التوفيق ان يستوضح من المدعي ليوفق بالفعل فيتخلص من الخلاف وما اوردنه لك من الاساس يغنيك عن الف مثال فاستخرج ذلك بفطنتك من الأمثلة السالفة المنقولة . نقول المجلة : (فسعيه مردود عليه) اي ما لم يبرهن في موضع الخفاء .

❊ تنبيه ❊

لا يغرب عن بالك ، ان موضع الخفاء لا ينحصر في النسب والطلاق والخلع والحرية ، بل ذكرها على سبيل التمثيل لا الحصر ، لما في الفصولين : استأجر ثم برهن على المؤجر انها ملكي لأن ابي شراه لأجلي في صغري تسمع ولا يمنع هذا التناقض لما فيه من الخفاء ، فان الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له . ثم قال : اقول فإن قيل لو برهن على انه له من غير ان يوفق ينبغي ان تسمع على ما مر قبيل هذا في الجامع الكبير : فيما لو اقر انه له ومكث ثم ادعى شراءه له الخ ..

وقد وهم الفاضل علي حيدر افندي اذ جعل المادة ٣٥٦ مستثناة من هذه القاعدة وهي اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع ، الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع . ومال الوقف و بيت المال حكمه حكم مال اليتيم — وجه الوهم ان فسخ البيع في ذلك انما هو لاجل الغبن وهذا ليس من التناقض في شيء بل هو بحث آخر من نوع خيار الفسخ للمشتري ، لأن طالب الفسخ ليس معرضاً عن الاعتراف بوقوع العقد بل يعترف به ويطلب الفسخ بناء على زعم عذر شرعي يتمسك به وهو الغبن الفاحش ولو مع عدم التغرير — ويؤيده ما قدمنا في البزازية عن الحصيري في اوائل شرح المادة ١٠٠ ان علامة التوفيق ان لا يصير بدعواه الثانية معرضاً عن الأول .

حمداً لمن الحمد منه واليه . تم شرح القوعد الكلية
بقلم الفقير اليه تعالى
محمد طاهر الاتاسي مفتي حمص

ويليه شرح والده المرحوم العلامة السيد (محمد خالد الاتاسي)
من المادة ١٠١ الى المادة ١٧٠٠ ثم يليه الاتمام الى آخر الكتاب

ج-١

✲ اصلاح خطـأ ✲

« وقعت في اثناء الطبع بعض هفوات لا تخفى على القارىء اللبيب ومع ذلك اشرنا اليها في هذا الجدول : »

صفحة	سطر	غلط	صواب
٠٠٨	٠٠٨	لا يحطر بباله غيره	لا يخطر بباله جواز غيره
٠٤٦	٠٦	مرج	مزج
٠٥٠	٠٨	عليه	على المريض
٠٨٦	١١	بثله	مثله
٠٨٦	٢١	مراجمتها	مراجعتها
٩٢	١٦	دون ان المتسبب	دون المتسبب
٠٩٢	٢٦	الرابعة	الثالثة
٠٩٣	١٧	المعنى	المعنيّ
١٠٤	٠٥	لاحرام	الاحرام
١ ٤	٢٢	وفوقانية	وفوقانيه
١٠٤	٢٥	نكل	فكل
١٠٥	١٢	والرضاع	او الرضاع
١٥٩	٠٣	بلا بينة	بلا نيه
١٥٩	٠٥	الا بينة	الا بنية
١٧٤	٠٧	واللغو الباطل	واللغو ، الباطل
٢٠٣	٠٧	الخمر	الحر
٢ ٣	٢٤	بها	لها
٢٠٣	٢٥	طمس	الانكحة

ج-١

صفحة	سطر	غلط	صواب
٢٠٤	٢٥	نابع	تابع
٢١٣	٠٢	على الحدوث وان	على الحدوث — وان
٢١٦	٠٧	متوينا	متو يا
٢١٨	١٤	على ما كان وخلا	على ما كان ، وخلافه
٢٢٠	٠٦	للمكفول له في اليوم	للمكفول له ، في اليوم
٢٣٠	٢٥	او بالضمان	وبالضمان
٢٣١	٠٦	ولا على حكمه بالضمان	وعلى حكمه بالضمان
٢٤٢	٠١	اخد	اخذ
٢٤٣	٠٤	مطموس	اداء منافعه
٢٥٢	٢٦	الآمر	الامر
٢٥٤	١٥	الأولى	الأولي
٢٧١	٢٥	مطموس	قتا

فهرست

ج–١

صفحة

٦ علم الفقه في الاصل مركب من مضاف ومضاف اليه ثم جعل علماً على الفن المخصوص
٧ ذكر الإمام الغزالي ان الانيان بحد يبين ماهية العلم صعب جداً
٨ يمكن الوقوف على ماهية العلم بتقسيم ومثال
٨ المسائل الفقهية هي القضايا التي موضوعاتها موضوع العلم الخ
٩ المسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة او بأمر الدنيا
١٠ ركب الله تعالى في الانسان ثلاث قوى شهوية وغضبية وعقلية
١٠ الحكمة في شرعية العقوبات والنكاح والمعاملات
١١ في ان القواعد الكلية قد يعارض فروعها اثر او ضرورة او قيد الخ
١٣ موضوع علم الفقه افعال المكلفين

١٣ قاعدة ٢ الامور بمقاصدها

١٤ في الظهار لو قال انت عليّ كأمي او مثل امي يرجع الى نيته
١٥ النية كما تكون في الافعال تكون في التروك
١٥ حديث الاعمال بالنيات من باب المقتضى فلا بدّ فيه من تقدير

١٦ قاعدة ٣ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني الخ

١٦ في ان الدار اذا كانت بدل صلح يجب فيها الشفعة مطلقاً
١٧ وجه منع الحنفية استعمال لفظ الطلاق في الاعتاق
١٧ يلحق بهذه القاعدة ما ثبت وفقاً بالضرورة

صفحة ج-١

١٨ قاعدة ٤ اليقين لا يزول بالشك

١٨ الاستصحاب يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق
١٩ الابرآء على قسمين ابراء اسقاط وابراء استيفاء

٢٠ قاعدة ٥ الاصل ابقاء ما كان على ما كان
٢٠ الاستصحاب اقسام
٢٠ الاستصحاب على نوعين من الماضي الى الحال وبالعكس
٢٢ الظاهر يصلح حجة للتأكيد
٢٣ شرعُ ما قبلنا شرعٌ لنا ما لم يرد نصٌ بخلافه

٢٣ قاعدة ٦ القديم يترك على قدمه
٢٣ المراد بالقديم في هذه القاعدة ما لا يعرف اوله

٢٤ قاعدة ٧ الضرر لا يكون قديماً
٢٤ الضرر القديم اذا كان من اصله غير مشروع فلا عبرة لقدمه
٢٤ في الفرق بين الضرر والضرار الوارد في الحديث الشريف
٢٤ يدخل تحت هذه القاعدة كثير من الاحكام الشرعية

٢٥ قاعدة ٨ الأصل برآءة الذمة

٢٦ في الفرق بين قول الشفيع علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقوله طلبت حين علمت
٢٧ هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف

٢٧ قاعدة ٩ الأصل في الصفات العارضة العدم الخ
٢٨ القول قول المديون في الاعسار اذا كان الدين الذي لزمه من جهة اتلاف

صفحة

٢٨ في الوصف المرغوب ان كان من الصفات العارضة فالقول لمن ينكرها وفي الاصلية لمن يدعيها
٢٨ الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم
٢٩ اختلف المتبايعان في الصحة والبطلان القول لمدعي البطلان

٢٩ قاعدة ١٠ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه

٣٠ الشهادة بالملك المنقضي مقبوله لا باليد المنقضية
٣٠ استصحاب الحال انواع
٣١ استصحاب الحال يكون محكماً عند التنازع في الملك وفي اليد

٣٢ قاعدة ١١ الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته

٣٣ لا عبرة لشك طرأ على يقين

٣٣ قاعدة ١٢ الأصل في الكلام الحقيقة

٣٥ الفرق بين مجاز الاستعارة والمجاز المرسل
٣٦ اذا تعذر حكم كل من الحقيقة والمجاز يكون الكلام لغواً
٣٧ قد لا يراد باللفظ الحقيقة في كثير من الالفاظ الشرعية
٣٧ قد لا يستعمل اللفظ في حقيقته بدلاله معنى يرجع الى المتكلم

٣٨ قاعدة ١٣ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

٣٩ قد يكون اللفظ المطلق في عبارات المكلفين مقيداً بالعرف والعادة
٤٠ قد تكون الدلالة اقوى من الصريح اذا كانت دلالة الشرع

٤٠ قاعدة ١٤ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

٤١ في بيان شروط المجتهد

ج - ١

صفحة

٤٢ القاعدة ١٥ ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس
٤٣ امثلة ما ثبت على خلاف القياس وهو انواع

٤٥ القاعدة ١٦ الاجتهاد لا ينقض بمثله

٤٦ الاجتهاد في هذه القاعدة يشمل انواعاً ثلاثة

٤٨ القاعدة ١٧ المشقة تجلب التيسير

٤٨ التسهيلات والتخفيفات الواردة في الشرع لا تخلو من نوعين
٤٩ النوع الثاني التسهيلات التابعة للعوارض و بيان العوارض

٥١ قاعدة ١٨ الامر اذا ضاق اتسع
٥١ يدخل تحت هذه القاعدة شهادة النساء والصبيان في الحمامات
٥١ ومنها جواز الاجارة على الطاعات
٥١ يلحق بها المسائل التي يغتفر فيها بالبقاء ما لا يغتفر بالابتداء
٥٢ هذه القاعدة تجري فيما ليس فيه نص صريح

٥٢ القاعدة ١٩ لا ضرر ولا ضرار
٥٣ يجبر وصيّ احد اليتيمين على تعمير الملك المشترك بينهما اذا ابى وطلب الآخر
٥٣ كذلك الملك المشترك اذا تعلق به حق الغير يجبر الآبي على التعمير

٥٤ القاعدة ٢٠ الضرر يزال
٥٤ الا اذا كان ضرراً خاصاً فيتحمل لدفع ضرر عام

٥٥ القاعدة ٢١ الضرورات تبيح المحظورات
٥٥ الرخصة ثلاثة انواع وهذه القاعدة تتناول نوعين منها

صفحة

٥٧ القاعدة ٢٢ الضرورات تقــدر بقدرها

٥٩ الضرورة كما تكون في الافعال تكون في التروك

٥٩ القاعدة ٢٣ ما جاز لعذر بطل بزواله

٦٠ معنى البطلان شامل لسقوط ما جاز ولوجوب الانسلاخ منه

٦١ يخرج على هذه القاعدة كثير من احكام العوارض على الاهلية

٦١ القاعدة ٢٤ اذا زال المانع عاد الممنوع

٦١ التناقض المانع لسماع الدعوى يزول بتصديق الخصم او تكذيب الحاكم

٦٣ قاعدة ٢٥ الضرر لا يزال بمثله

٦٤ بيان الفرق في الحكم بين تعمير المشترك القابل للقسمة وغير القابل

٦٥ في بيان احكام تتعلق بالعلو والسفل

٦٦ في حكم الجدار بين جارين عليه حمولة لكل منهما

٦٦ القاعدة ٢٦ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

٦٦ الشرع جاء ليحفظ على الناس دينهم وانفسهم وعقولهم وانسابهم واموالهم

٦٨ القاعدة ٢٧ الضرر الاشد يزال بالاخف

٦٨ الاب يحبس في الامتناع عن النفقة الواجبة عليه لولده لا بالدين

٦٩ القاعدة ٢٨ اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمها

٧٠ القاعدة ٢٩ يختار اهون الشرين

٧٠ القاعدة ٣٠ درأ المفاسد اولى من جلب المنافع

صفحة

٧١ الدرأ اغلي وفي بعض المواضع يقدم جلب المنفعة
٧٣ هذه القاعدة ترجع الى الدرجة المحمودة بين الافراط والتفريط
٧٤ القاعدة ٣١ يدفع الضرر بقدر الامكان
٧٥ القاعدة ٣٢ الحاجة تنزل منزل الضرورة عامة او خاصة الخ
٧٥ في الفرق بين الحاجة والضرورة
٧٥ اكثر ما ورد على خلاف القياس مبني على الحاجة
٧٦ حد الاجماع
٧٦ الاستئجار على تعليم القرآن والفقه في زماننا يعلل بالضرورة لا الحاجة
٧٦ القاعدد ٣٣ الاضطرار لا يبطل حق الغير
٧٦ الاضطرار يكون سماويا وغير سماوي ملجئ وغير ملجىء
٧٧ القاعدة ٣٤ ما حرم اخذه حرم اعطاؤه
٧٧ لهذه القاعدة مستثناة حال الضرورة
٧٨ القاعدة ٣٥ ما حرم فعله حرم طلبه
٧٨ يستثنى من ذلك علم المدعي بصدق دعواه مع طلب تحليفه للخصم اذا انكر
٧٨ القاعدة ٣٦ العادة محكمة يعني ان العادة عامة كانت او خاصة الخ
٨١ اذا تعارض النص والعرف ينظر ان كان النص مبنيا على العرف فالاعتبار للعرف والا فللنص
٨١ في عرف خالف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص بل بالاجتهاد والرأي
٨٣ بحسب تغير الزمان لو طرأ عرف جديد هل يفتى في هذا الزمان على وفقه

1 — 2

صفحة

٨٦ القاعدة ٣٧ استعمال الناس حجة يجب العمل بها

٨٨ القاعدة ٣٨ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

٨٩ في الأيمان فرقوا بين المستحيل حقيقة والمستحيل عادة

٩١ القاعدة ٣٩ لا ينكر تغير الاحكام بتبدل الازمان

٩١ التغير مبنيٌّ اما على عرف الناس او على تغير احوالهم
٩٣ تبدل الحكم على نوعين ، تبدل بالكيفية وتبدل بالحقيقة
٩٣ الحقيقة تترك بدلالة العادة
٩٣ الكناية لا تخلو عن الحقيقة والمجاز
٩٤ اذا كان العرف والعادة استعمال اللفظ في معناه المجازي ينصرف اليه

٩٥ القاعدة ٤٠ انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

٩٦ العادة اي العرف انما تعتبر اذا كانت سابقة مستمرة الى زمان حادثة الدعوى
٩٦ في الاقرار لا يبنى الحكم على العرف الا اذا كانت العادة سابقة على
على سبب الوجوب في المقر به
٩٧ العرف يكون قولياً وفعلياً

٩٧ القاعدة ٤٢ العبرة للغالب الشائع لا للنادر

١٠٠ قاعدة ٤٣ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
١٠٠ الحاصل من هذه المادة ان توابع العقود اذا لم يكن لها ذكر تحمل
على عادة كل بلدة

١٠١ القاعدة ٤٤ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم
١٠١ يلحق بذلك كل عمل هو من نوع التجارة

صفحة

١٠٢ القاعدة ٤٥ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص
١٠٢ في معنى النص لغة واصطلاحاً شرعياً
١٠٣ القاعدة ٤٦ اذا تعارض المقتضي والمانع يقدم المانع
١٠٥ قد يقدم المقتضي لكونه اقوى من المانع
١٠٧ القاعدة ٤٧ التابع تابع فاذا بيع حيوان في بطنه جنين الخ
١٠٩ قالت الحنفية والحنابلة تدخل الأمة تبعاً مع الرسول في خطابه بالاحكام
١٠٩ القاعدة ٤٨ التابع قد يكون غير مستقل بنفسه حقيقة وقد يكون كذلك عرفاً لا حقيقة
١١٠ بيان ما اخرجه الأشباه عن القاعدة والكلام فيه
١١١ القاعدة ٤٩ من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته
١١٣ المراد بالضرورات هنا هي التي تتبع شيئاً هي مثله في الدخول تحت الدلالة لا من طريق وضع اللفظ
١١٥ القاعدة ٥٠ اذا سقط الأصل سقط الفرع
١١٧ الطرق الاربعة لثبوت الاحكام وهي : الانقلاب ، والاقتصار ، والاستناد ، والتبيين
١١٨ القاعدة ٥١ الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود
١٢١ في الفرق بين قاعدة اذا زال المانع عاد الممنوع وقاعدة الساقط لا يعود
١٢٢ القاعدة ٥٢ اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه
١٢٢ التضمن يكون حقيقيا وغير حقيقي لادنى ملابسه

صفحة

١٢٣ في بيان ان القائل لغيره بعتك دمي كلامه لغوٌ
١٢٦ كل صلح تحقق بطلانه يبطل ما في ضمنه من المعاملات
١٢٧ القاعدة ٥٣ اذا بطل الاصل يصار الى البدل
١٢٧ الاداء في الاصول يكون في حقوق الله تعالى وحقوق العباد
١٢٨ الاداء الكامل
١٢٨ الاداء القاصر
١٢٨ اداء يشبه القضاء
١٢٩ القضاء يكون كاملاً وقاصراً
١٣٠ الأصل عند ائمتنا اذا وجدت القدرة على الأصل قبل استيفاء المقصود الخ
١٣١ القاعدة ٥٤ يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها
١٣١ وكل المشتري البائع في قبض المبيع لايجوز فلا يكون بذلك قابضاً
١٣١ في السلم والقرض لا يجوز ولو ضمناً الا ان يكون رب السلم والقرض حاضراً
١٣٢ لا يصح التوكيل برؤية ما اشتراه ولم يره
١٣٢ لا يصح تأجيل القرض ولو وقع لا يكون لازماً الا اخ
١٣٥ القاعدة ٥٥ يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء
١٣٦ مثال جواز البيع بالحصة بقاءً لا ابتداءً
١٣٧ مشت المجلة على ان الشيوع استحقاق طارئ وهو احد قولين
١٣٧ الشيوع في الرهن يفسده مطلقاً
١٣٨ المانع اذا كان اصلياً اقوى منه اذا كان طارئاً
١٣٨ فرق في الاحكام بين الجهالة الأصلية والطارئة

صفحة

١٣٨ القاعدة ٥٦ البقاء اسهل من الابتداء

١٣٨ القاعدة ٥٧ التبرع لا يتم الا بالقبض

١٤٠ الهبة الفاسدة لا تملك بالقبض فينفذ تصرف الواهب لا الموهوب له
١٤٠ الموصى له يملك الوصية بعد موت الموصي بمجرد القبول قبل القبض
١٤١ لا يرد نقضاً على القاعدة هبة الدين لآخر قبل قبضه

١٤١ القاعدة ٥٨ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

١٤٣ هل للإمام ان يزيد الفاضل على المفضول في العطاء من بيت المال ام الافضل التسوية
١٤٤ السلطان اذا ترك العشر على صاحب الارض فهو على وجهين
١٤٥ الاعتاق لا يحتمل الفسخ قصداً واما ضرورة فيحتمله
١٤٦ القاضي اذا قرر فراشاً لمسجد بغير شرط الواقف لا يحل له

١٤٧ القاعدة ٥٩ الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة

١٤٩ الولاية الخاصة اما في النكاح فقط او في المال فقط او فيهما
١٤٩ الولاية في مال الصغير انما تكون للاب اذا لم يكن سفيها
١٥١ شذ عن القاعدة الوصي لا يستوفى قصاصاً في النفس وجب للصغير وللقاضي ذلك .

١٥١ القاعدة ٦٠ اعمال الكلام اولى من اهماله يعني لا يهمل الخ

١٥١ قوله لزوجته المعروفة النسب من غيره هذه بنتي لغو بخلاف مملوكه
١٥٣ قد لا يمكن اعمال كلام العاقل، لامر خارج بقطع النظر عن تعذر حقيقة او مجاز

- ك -

ج ـ ١

صحيفة

١٥٣ قد يوجد امكان للاعمال والاهمال لكن يترجح الاعمال

١٥٥ قد يكون اعمال كلام العاقل واهماله كفتي ميزان

١٥٧ القاعدة ٦١ اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

١٥٧ اذا امكن كل من الحقيقة والمجاز ولم يوجد مرجح تتعين الحقيقة

١٥٧ ومن القرائن الصارفة للمعنى المجازي تعذر المعنى الحقيقي

١٥٧ قد يكون التعذر شرعياً لا حقيقياً

١٥٨ قد تتعذر الحقيقة بكونها مهجورة في عرف الناس

١٥٨ المتعسر حكمه كالمتعذر في اصطلاح الفقهاء

١٥٩ ينقسم كل من الحقيقة والمجاز باعتبار ظهور المراد عند اطلاقه الى صريح وكناية

١٥٩ الكناية تكون في الحقيقة والمجاز

١٥٩ الحكمة في ان النية لها اعتبار في الديانة لا القضاء

١٦٢ القاعدة ٦٢ اذا تعذر اعمال الكلام يهمل الخ

١٦٢ وقوع الكلام مهملاً له طرق شتى ولا ينحصر في تعذر الحقيقة والمجاز

١٦٤ تصحيح كلام العاقل يكون بالحمل على المجاز وبحمله على التجوز لا كيفما كان

١٦٥ القاعدة ٦٣ ذكر ما لا يتجزى كذكر كله

١٦٥ عدم التجزء يكون في نحو الطلاق والقصاص والكفالة بالنفس والشفعة ووصاية الاب والولاية

١٦٧ وصي الاب في شيء خاص وصي في الاشياء كلها

١٦٨ ما لا يتجزأ • وجود بعضه كوجود كله وعلى هذا مسائل

– ل –

صفحة

١٦٨ القاعدة ٦٤ المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة

١٦٨ كل من المطلق والمقيد قسمان من الخاص المقابل للعام

١٦٨ تعريف الجنس عند الفقهاء والاصوليين

١٦٩ الانسان نوع الانواع عند الميزانيين وتحته الاصناف

١٦٩ اسم الفرد يفيد فائدة العموم في ثلاثة مواضع

١٧٠ الفرق بين علم الجنس واسم الجنس

١٧٠ لا فرق بين المطلق والنكرة في اطلاق كل منهما على الفرد الشائع وبينهما عموم وخصوص من وجه

١٧٠ التقييد يكون بالنص ويكون بالدلالة

١٧٠ اعلم ان القيد الذي يخرج المطلق عن الشيوع بوجه ما هو القيد المفيد

١٧٢ في بيان المواضع التي يحمل فيها المطلق على المقيد وما لا يحمل على الاختلاف بين الحنفية والشافعية

١٧٤ القاعدة ٦٥ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر الخ

١٧٤ لا عبرة للوصف في الحاضر المشار اليه الا اذا تبين انه جنس آخر

١٧٥ لا منافاة بين النفاذ واللزوم فقد يكون العقد نافذاً غير لازم

١٧٥ اذا اجتمعت الاشارة واضافة الملك يشترط للحنث وجودهما جميعاً عند الطرفين

١٧٦ في اضافة النسبة لا يشترط للحنث وجودهما اتفاقاً

١٧٦ النقود لا تتعين بالاشارة في المعاوضات وفي غيرها تتعين

١٧٧ القاعدة ٦٦ السؤال معاد في الجواب الخ

١٧٧ المراد بالسؤال مطلق الكلام سواء كان اخباراً او استخباراً او انشاء

صفحة

١٧٨ الكلام يكون جواباً باحد امرين اما لعدم استقلاله او لقرينة
١٧٨ بحث في الفرق بين نعم و بلى الواقعين جواباً
١٨٠ يقرب من نوع القاعدة ما اذا وقع في كلام الشارع جواب عن سؤال

١٨١ القاعدة ٦٧ لا ينسب الى ساكت قول الخ

١٨١ السكوت المعدود كالنطق اما لدلالة حالة في المتكلم او حال في الشخص او لضرورة دفع الغرور عن غيره
١٨٢ استقراء المسائل التي يكون السكوت فيها كالنطق .

١٨٥ القاعدة ٦٨ دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه

١٨٦ المراد بالدليل ما يشمل القطعي والظني والامارة
١٨٨ الاحكام تختلف باختلاف المقاصد
١٨٩ التوقيت يكون نصاً و يكون دلالة كما في يمين الفور

١٩٠ القاعدة ٦٩ الكتاب كالخطاب

١٩٠ شروط الكتابة المعمول بها .
١٩١ الفتوى على قول محمد في حل الشهادة لمن رأى خطه ولم يتذكر
١٩١ وعلى هذا القاضي اذا وجد في ديوانه شهادة لاحد او حكمه ولم يتذكر
١٩٢ الامر بكتابة الاقرار اقرار حكماً

١٩٣ القاعدة ٧٠ الاشارة المعهودة للاخرس كالبيان باللسان

١٩٤ المراد بالاخرس الخلقي دون من عرض عليه اعتقال اللسان اذا لم يمتد
١٩٤ اشارة الاخرس تعتبر وان كان قادراً على الكتابة .
١٩٥ في الحدود الخالصة لله تعالى لا تعتبر اشارته فلا يحد ولا يحد له
١٩٥ يثبت القصاص باشارة الاخرس

١ ـ ٢

— ن —

صفحة

١٩٨ معنى كون الشيء حقاً لله تعالى او حق العبد

١٩٨ القاعدة ٧١ يقبل قول المترجم مطلقاً

١٩٩ الاخبار الواقع في حقوق العباد قد يكون الزاما محضاً تجب فيه شروط الشهادة

١٩٩ قد لا يكون فيه الزام اصلا فيكفي فيه خبر الواحد بشرط التمييز لا العدالة

٢٠٠ قد يكون الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيه العدد او العدالة

٢٠٠ القاعدة ٧٢ لا عبرة للظن البيّن خطؤه

٢٠١ القاضي اذا حكم على ظن ان حكمه موافق للشرع وفي نفس الامر ليس كذلك فحكمه باطل .

٢٠٤ القاعدة ٧٣ لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل الخ

٢٠٥ في اصول الحكماء والميزانيين لا يتأتى في الدليل الظني ان يستلزم العلم القطعي بشيء آخر

٢٠٥ لا مانع في المسائل الفقهية ان يستلزم الظن العلم بشيء آخر اي في وجوب العمل الخ

٢٠٥ كونه الظن علة للجزم ثابت بالاجماع على وجوب العمل الذي هو اثر الجزم

٢٠٥ الدلالات ثلاثة اقسام وضعية عقلية طبيعية

٢٠٥ لفظ دليل المأخوذ في القاعدة كلي مشكك لا متواطيء

٢٠٦ كل تصرف يتمكن الانسان من تحصيله انشاء يُصدَّق في اخباره به ومالا فلا

٢٠٧ من فروع هذه القاعدة ترجيح البينات اذا تعارضت

٢٠٨ قد لا يحتج بالشهادة اذا عارضها دليل حسي اقوى منها

صفحة

٢٠٨ من فروع القاعدة ظاهر الحال ولها درجات عند التعارض
٢٠٩ معنى النفي في قول المجلة (لا حجة) الخ

٢٠٩ القاعدة ٧٤ لا عبرة للتوهم

٢٠٩ التوهم باطل لا يثبت لاجله حكم شرعي كما لا يؤخر لاجله

٢١٢ القاعدة ٧٥ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

٢١٣ القياس يأبى كون الشهادة حجة
٢١٣ اخبار النبي في الاعتقاديات شرط ثبوتها التواتر وليس شرطاً في حقوق العباد
٢١٤ اخبار غير النبي اذا كان في معنى الشهادة فله احكام

٢١٤ القاعدة ٧٦ البينة على المدعي واليمين على من انكر

٢١٧ في معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه
٢١٧ المدعى عليه قد يكون منكراً معنىً مدعياً صورة فالعبرة للمعنى
٢١٧ اذا كان كل من المتخاصمين مدعيا من وجه منكراً من وجه يرجع الى ترجيح البينات

٢١٨ القاعدة ٧٧ البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل

٢١٩ يوجد في بعض المواضع من يكون القول قوله بلا يمين
٢٢٠ نوجد مثله لا بينة فيها ولا يمين
٢٢١ يوجد في بعض المواضع من يكون القول قوله وترجح بينته ايضاً
٢٢١ من المواضع ما يكون فيها اليمين والبينة من طرف واحد

— ع —

١-٤

صفحة

٢٢٢ القاعدة ٧٨ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

٢٢٢ يظهر الفرق في الثابت بالبينة عن الثابت بالاقرار في مسئلة الجارية

٢٢٣ تعدية البينة تكون في المحكوم به وفي محل الحكم

٢٢٥ البينة قد تكون متعدية في حق كافة الناس وقد لا تعدى للكافة

٢٢٦ اذا اجتمع البينة والاقرار يحكم بالاقرار الا اذا مست الحاجة لتعدية الحكم

٢٢٦ القاعدة ٧٩ المرأ موآخذ باقراره

٢٢٧ الرجوع عن الاقرار تناقض لا يقبل الا ان يكون مكذباً بحكم الحاكم او من طرف الشرع

٢٢٨ القاعدة ٨٠ لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم

٢٣٠ الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة الحاكم

٢٣٠ لو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما

٢٣٠ هل لزوم الضمان على الشاهدين بقبض المدعي المال ام مطلقا قولان

٢٣١ القاعدة ٨١ قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل

٢٣١ الفرع دائماً تابع للاصل لكن في السقوط لا في الثبوت

٢٣٢ القاعدة ٨٢ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

٢٣٢ الفرق بين المعلق بشرط والمقيد بشرط

٢٣٢ المعلق بالشرط يجب ان يكون المعلق عليه معدوما على خطر الوجود

٢٣٢ كل ما كان اسقاطاً محضاً او من الالتزامات التي يحلف بها يصح تعليقه بالملائم وغيره

٢٣٣ ما كان من الاطلاقات او التحريضات صح تعليقه بالملائم

صفحة

٢٣٣ ما كان من المعاوضات كبيع واجارة تبطل بالشرط الفاسد

٢٣٣ ما ليس من المعاوضات كالنكاح او كان من التبرعات لا يبطل ويفسد الشرط كالهبة

٢٣٤ في بيان ما تصح اضافته الى المستقبل

٢٣٥ كل ما يقبل التعليق يقبل الاضافة ولا عكس

٢٣٥ الفرق بين التعليق والاضافة الى المستقبل

٢٣٥ القاعدة ٨٣ يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان

٢٣٦ المراد بالشرط هنا التقييدي لا المعلق بالشرط وله ثلاثة اقسام

٢٣٨ الشرط الفاسد الملتحق بالعقد بعد تمامه الاصح عدم التحاقه

٢٣٨ القاعدة ٨٤ المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة

٢٣٩ لا يلزم الوعد الا اذا كان معلقاً وفي بيع الوفاء

٢٤٠ القاعدة ٨٥ الخراج بالضمان يعني الخ

٢٤١ المراد بالخراج ما يتحصل من كسب العبد واجرة الدابة من كل زيادة لم تكن متولدة من الاصل

٢٤٣ القاعدة ٨٦ الاجر والضمان لا يجتمعان

٢٤٣ اذا اختلف السبب يجوز اجتماع الاجر والضمان كحدوث الغصب بعد استيفاء المنفعة

٢٤٥ القاعدة ٨٧ الغرم بالغنم يعني ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره

٢٤٥ نفقة الفقير العاجز تقدر بحسب الارث

صفحة

٢٤٦ التكاليف الاميرية في محافظة النفوس على حسب الروس وفي الاملاك على قدر الملك .

٢٤٧ القاعدة ٨٨ النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة

٢٤٧ القاعدة ٨٩ يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً

٢٤٩ يوجد مسائل يضاف الفعل فيها الى الآمر

٢٤٩ القاعدة ٩٠ اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر الخ

٢٥٠ بيان الحكم فيما اذا توسط بين السبب والمعلول فعل فاعل مختار

٢٥٠ الحكم فيما اذا لم يكن ذلك المتوسط صالحاً للعلية

٢٥١ القاعدة ٩١ الجواز الشرعي ينافي الضمان

٢٥٢ خرج عن القاعدة ما اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك والملتقط في اللقطة

٢٥٥ القاعدة ٩٢ المباشر ضامن وان لم يتعمد

٢٥٦ القاعدة ٩٣ المتسبب لا يضمن الا بالتعمد

٢٥٧ التعدي غير التعمد فكل متعمد متعد ولا عكس

٢٥٨ القاعدة ٩٤ جناية العجماء هدر

٢٦٠ القاعدة ٩٥ الامر بالتصرف في ملك الغير باطل

صفحة

٢٦١ قال الدائن لمديونه اعط الدين الذي عليك الخ .

٢٦٢ القاعدة ٩٦ لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال الغير بلا اذنه

٢٦٣ استثني مسائل من هذه القاعدة ترجع للضرورة او الاذن دلالة

٢٦٤ القاعدة ٩٧ لا يجوز لاحد ان ياخذ مال احد بلا سبب شرعي

٢٦٥ من دفع شيئاً ليس بواجب فله استرداده

٢٦٥ من ظن ان عليه ديناً فبان خلافه رجع بما ادى

٢٦٦ القاعدة ٩٨ تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

٢٦٨ القاعدة ٩٩ من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه

٢٦٨ خرج عن هذه القاعدة مسائل

٢٧٠ القاعدة ١٠٠ من سعى في نقض ما تم من وجهته فسعيه مردود عليه .

٢٧٠ التناقض انما يعتبر اذا كان امام خصم منازع

تمت فهرست شرح القواعد الكلية

والحمد لله اولاً وآخراً

الجزء الثاني

شرح المجلة

تأليف

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد خالد الأتاسي

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد طاهر الأتاسي

مكتبة رشيدية سركي روڈ كوئٹہ

مكتبہ حقانیہ ، پشاور فون ۲۲۰۴۹۳

ج — ٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حق حمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبده ، وعلى آله وصحبه والتابعين وتابعيهم من بعده ، آمين .

= الكتاب الاول =

« البيوع ، وينقسم الى مقدمة وسبعة ابواب »

المقدمة في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة في البيوع

المادة ١٠١ — ❊ الايجاب اول كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف ❊

قال في الفتح : الايجاب الاثبات لغةً لأي شيء كان ، والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضى الواقع اولاً ، سواء وقع من البائع ، او من المشتري كأن يبتدأ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف . والقبول الفعل الثاني .

ثم ان المراد بالتصرف الاول المضاف اليه الانشاء في هذه المادة والتي بعدها ، التصرفات الشرعية كالبيع والهبة والاجارة وغيرهما من العقود . واما المراد

بالتصرف الثاني الذي هو فاعل « يثبت » فهو خيار القبول . فقوله « و به يوجب ويثبت التصرف » بيانٌ لتسمية اول كلاميْ العاقدين ايجاباً ، وثانيه قبولاً ، مع ان كلاً من الكلامين يوجب اي يثبت انشاء التصرف الذي هو الفعل الخاص الدال على الرضى . وبهذا صرح في الدرر حيث قال : لأنه يثبت للآخر خيار القبول اه . وقريبٌ منه ما في شرح مسكين على الكنز حيث قال : لأنه اوجب اي اثبت جواباً على صاحبه اه . اي اما بالقبول واما بالرد ، فافهم .

المادة ١٠٢ — ✻ القبول ثاني كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يتم العقد ✻

وجه تسمية ثاني الكلامين قبولاً انه يقع قبولاً ورضىً بفعل الاول ، كما في الفتح . وعرّف القبول بالقول لأنه الأصل ، والا فقد يقوم الفعل مقامه كما في الخانية ، ولهذا عرفه في الفتح بأنه الفعل الثاني ، لأنه اعمّ من اللفظ . ومن فروع قيام الفعل مقامه ما لو قال : كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله ، تمّ البيع . والركوب واللبس بعد قول البايع اركبها بماية والبسه بكذا ، رضىً بالبيع . وكذلك اذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً . بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه ايجاب بل قبضٌ بعد معرفة الثمن فقط . كذا في رد المحتار .

المادة ١٠٣ — ✻ العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما امراً وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول ✻

ضمير « هو » راجعٌ الى قوله « امراً » يعني ان ارتباط الايجاب بالقبول هو الأمر الذي يتعهده المتعاقدان ، وتعهدهما المذكور هو العقد . وفيه اشارةٌ الى ان العقود وان حصلت بمركّباتٍ خبرية ، الا ان المقصود منها الانشاء لا الخبر

فإن الشارع قد جعل بعض المركبات الخبرية انشاء بحيث اذا حصل منها ايجاب وقبول ، وارتبط احدهما بالآخر ، كقول احد المتعاقدين مثلاً « بعت » وقول الآخر « اشتريت » يترتب عليه حكم شرعي ؛ وهو الملك .

المادة ١٠٤ — ✻ الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر اثره في متعلقهما ✻

اشار بهذه المادة الى ان ارتباط الايجاب بالقبول وان كان تعهده من المتعاقدين يسمى عقداً على ما في المادة السابقة ، لكن لا يلزم منه حصول الانعقاد ، بل لا بد لحصول الانعقاد من ان يكون تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر اثره في متعلقهما فالبيع الباطل كبيع المعدوم مثلاً ، وان سمي عقداً لتعمد العاقدين فيه ارتباط الإيجاب بالقبول ، لكن لا يسمى منعقداً لعدم وجود شرطه ، وهو كونه على وجه مشروع . والمراد بالمشروع ان يكون المتعاقدان عاقلين ، والثمن والمبيع مالين متقومين . والمراد بتعلق الايجاب والقبول اهلهما وهو العاقدان ، ومحلهما وهو الثمن والمبيع ، والأثر الذي يظهر في هذا المتعلق هو ملك المشترى للمبيع ، وملك البائع للثمن

المادة ١٠٥ — ✻ البيع مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد ✻

ليس المراد من هذه المادة تعريفُ مطلقِ البيع ، بل التمهيد لبيان انواعه الآتي ذكرها . فسقط ما يقال : إن كان المراد منها تعريف البيع اللغوي الشامل للمنعقد والباطل ، يكون هذا التعريف غير جامع لخروج أكثر البيوع الباطلة منه كمبادلة ما ليس بمال . وان كان المراد منها تعريف البيع الشرعي وهو المنعقد ، فلا يحسن تقسيمه الى منعقد وغير منعقد . فلو قال مبادلة شيء بشيء ، لتم تعريف البيع

اللغوي وحسن التقسيم .

المادة ١٠٦ — ﴿ البيع المنعقد هو البيع الذي ينعقد على الوجه المذكور وينقسم الى صحيح وفاسد ونافذ وموقوف . ﴾

قوله « على الوجه المذكور » اي في المادة (١٠٤) يعني ان البيع المنعقد هو ما حصل فيه مبادلة مال بمال بإيجاب وقبول على وجه مشروع ، يظهر اثره في متعلقهما وقوله « ينقسم » اي انقسام الكلي الى جزئياته .

المادة ١٠٧ — ﴿ البيع الغير المنعقد هو البيع الباطل ﴾

وسيأتي توضيح مفهومه في المادة (١١٠) وفي رد المحتار عن الفتح انه يقال للحم الذي لا ينتفع به لدود ونحوه (بطل) واذا انتن بحيث ينتفع به (فسد) اللحم ، وفيه مناسبة للمعنى الشرعي .

المادة ١٠٨ — ﴿ البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتاً ووصفاً . ﴾

المراد بالجائز هنا ما قابل الحرام . فقد ذكروا ان البيع الفاسد عقدٌ مخالفٌ للدين ، وانه معصية يجب رفعها . وفي التنوير : ويجب على كل واحد من المتعاقدين فسخه قبل القبض او بعده ما دام في يد المشتري ، ولا يشترط فيه قضاء قاض . واذا اصر على امساكه وعلم به القاضي ، فله فسخه جبراً عليهما ، حقاً للشرع اه ويمكن ان يقال: فسر الصحيح بالجائز ليفيد ان البيع الصحيح والبيع الجائز متواطئا في هذه المجلة بكون مؤداهما واحداً ، وهو ما قابل الفاسد والباطل، ولا يجوز ان

بكون المراد منه النافذ، وان كان يطلق عليه، كما في الفتح حيث قال : ثم اعلم ان البيع جائز وقد مرّ بأقسامه ، وغير جائز وهو ثلاثة : باطل وفاسد وموقوف اه قال في رد المحتار : واراد بالجائز النافذ اه وانما لا يجوز ان يكون المراد منه النافذ لأن البيع الموقوف داخلٌ في تعريفه لأنه مشروع ذاتاً ووصفا . وقوله « ذاتاً ووصفاً » منصوبان على التميز . والمراد بالذات الأصل كما عبر به اكثر الشراح ، وسيأتي التعبير به هنا . واصل الشيء ما يتوقف تصور الشيء على وجوده وهو الايجاب والقبول ، واهلها اعني المتعاقدين، ومحلها وهو الثمن والمبيع . ووصف الشيء ما كان خارجاً عن اصله ، وصفاً له . ومعنى مشروعية الأصل ان يكون بحال قد اعتبرها الشارع . ومعنى مشروعية الوصف ان يكون الشارع قد اعتبر توصيف ذلك الشيء به . مثلاً : قد اعتبر الشارع في اصل البيع ان يكون بايجاب وقبول ملفوظين مفيدين للتملك والتمليك ، وان يكونا صادرين من عاقلين، وان يكون محلها وهو الثمن والمبيع مالاً متقوماً . فاذا وجد هذا الأصل كما اعتبره الشارع يكون البيع مشروعاً من جهة ذاته اي اصله . وكذلك قد اعتبر الشارع ان يكون ذلك الأصل موصوفاً بأوصاف مخصوصة ، ككون الثمن عند التأجيل مؤجلا الى اجل معلوم ، الى غير ذلك من الأوصاف الآتي ذكرها . فاذا وجدت تلك الأوصاف كما اعتبرها الشارع ، يكون البيع مشروعاً من جهة وصفه . ثم اذا حصل خلل في البيع من جهة اصله اي ذاته ، يكون باطلاً غير منعقد . وان حصل فيه خلل من جهة وصفه ، يكون منعقداً فاسداً . وان كان مشروعاً من جهتي اصله ووصفه يكون بيعاً صحيحاً ، هكذا ينبغي توضيح هذا المحل .

المادة ١٠٩ — ❋ البيع الفاسد هو المشروع اصلاً لا وصفاً ، يعني انه يكون صحيحاً باعتبار ذاته ❋

ككون المتعاقدين عاقلين ، والايجاب والقبول لفظين مفيدين للتملك والتمليك ، والثمن والمبيع مالين متقومين ❋ فاسداً باعتبار اوصافه الخارجة ❋ ككون الثمن مجهولا او مؤجلاً الى اجل مجهول ، او شُرط في البيع شرطٌ

لا يقتضيه العقد ولا يلايمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، وما اشبه ذلك ·

﴿ راجع الباب السابع ﴾

اي ليتضح لك امثلة البيع الباطل وامثلة البيع الفاسد واحكامها ·

المادة ١١٠ - ﴿ البيع الباطل ما لا يصح اصلاً يعني انه لا يكون مشروعاً اصلاً · ﴾

اي لا في اصله ولا في وصفه · فالفاسد اعمّ من الباطل لأن كل باطل فاسد ، ولا ينعكس · وهذا لأن الباطل مضمحل الأصل والوصف جميعاً ، والفاسد مضمحل الوصف دون الأصل ، كالجوهر اذا تغير واصفرّ يقال فسد ، وان لم يبق صالحاً لشيء يقال بطل · كذا في شرح العين على الكنز ويخالفه ما في رد المحتار من ان الفاسد مباين للباطل ، لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع اصلاً · وايضاً حكم الفاسد انه يفيد الملك بالقبض ، والباطل لا يفيده اصلاً ، وتباين الحكمين دليل تباينهما اه - قلت : ويمكن ، وهو الظاهر من منطوق هذه المادة ومما قررناه آنفاً ، ان يكون المراد ان الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله سواء كان مشروعاً بوصفه ام لا ، فتكون النسبة بين الفاسد والباطل العموم والخصوص من وجه ، لكن باعتبار ما صدقهما لا باعتبار حكمهما ، فيجتمعان في بيع المجنون الى اجل مجهول ، و يفترق الباطل في بيع المجنون ماله بأوصافه المشروعة ، و يفترق الفاسد في بيع العاقل ماله بمال معلوم الى اجل مجهول · فالأول باطل وفاسد ، والثاني باطل فقط ، والثالث فاسد فقط ، وليتأمل ·

المادة ١١١ - ﴿ البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير ﴾

بأن يكون المبيع ملكاً للغير او مستأجراً له او مرهوناً عنده او نقوله ارضاً في مزارعته ، او له ولاية بيعه كولي ووصي ووكيل ، المبيع

﴿ كبيع الفضولي ﴾ الكاف فيه للتمثيل لا للحصر ، فإن بيع الفضولي

ارضه مزارعة للغير فردٌ من افراد البيع الموقوف ، فإن الراهن او المؤجر او رب الأرض الذي اعطى ليس بفضولي لأنه يتصرف في حق نفسه، مع ان بيع هولاء موقوف على اجازة المرتهن او المستأجر او المزارع او زوال المانع من نفاذ البيع، كأن يستوفي المرتهن دينه وتمضي مدة الاجارة والمزارعة، كما في الدر المختار وحواشيه.

ثم ان البيع الموقوف ان كان له وقت العقد من يقدر على اجازته ، اي له ولاية امضائه ، من مالك او ولي كأب وجد ووصي وقاض ، انعقد صحيحاً موقوفاً على اجازته ، والا بأن لم يكن له مجيزٌ وقت العقد لا ينعقد اصلاً ، كما في الدر المختار وغيره . — وفي رد المحتار عن جامع الفصولين : « باعه او زوجه بلا اذن ، ثم اجاز بعد وكالته ، جاز استحساناً . باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياً فأجاز ذلك، صح استحساناً » وفيه ايضاً : « صبيٌ باع مثلاً اي تصرّف تصرفاً يجوز عليه لو فعله وليه في صغره كبيع وشراء وتزويج امته وكتابة قنه ونحوه ، فاذا فعله الصبي بنفسه يتوقف على اجازة وليه ما دام صبياً ، ولو بلغ قبل اجازة وليه فأجاز بنفسه جاز ، ولم يجز بنفس البلوغ بلا اجازة — جامع الفصولين » وهذا اذا كان الصبي مميزاً ، والا كان البيع باطلاً فلا تلحقه الاجازة ، كما في الدر المختار وحواشيه . واعلم ان احكام بيع الفضولي وشروط الإجازة ستأتي في المادتين (٣٧٧) و (٣٧٨) .

المادة ١١٢ ❋ الفضولي هو من يتصرف بحق الغير ❋

هذا بمنزلة الجنس، فيدخل فيه الوكيل والوصي والولي والفضولي (منح)

❋ بغير اذن شرعي ❋

هذا بمنزلة الفصل ، خرج به الوكيل والوصي والولي ، اي ومن شابههم ممن يتصرف بإذن شرعي كالقاضي والسلطان فيما يرجع الى بيت المال ونحوه ، وامير الجيش في الغنائم (رد المحتار)

ج — ٣

المادة ١١٣ — ﴿ البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم الى لازم وغير لازم ﴾

اي وهو داخل في تعريف البيع الصحيح، لمشروعيته اصلاً ووصفاً .

المادة ١١٤ — ﴿ البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات ﴾

المادة ١١٥ — ﴿ البيع الغير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه احد الخيارات ﴾

المادة ١١٦ — ﴿ الخيار كون احد العاقدين مخيراً على ما سيجيء في بابه ﴾

المادة ١١٧ = ﴿ البيع البات هو البيع القطعي ﴾

اي ويقابله بيع الوفـاء الآتي في المادة التالية ، لأنه ليس بقطعي بل بشرط ان البايع متى رد الثمن الخ . . .

المادة ١١٨ = ﴿ بيع الوفاء هو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع ﴾

لا فرق بين ان يقول البايع على ان ترده علي او على ان تبيعه مني . وسمي هذا البيع بيع الوفاء لأن فيه عهداً بالوفاء من المشتري (رد المحتار)

ج-٢

﴿ وهو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به ﴾

بأن يأكل نزله و يؤجره ويأخذ اجرته و يستغله بالفلاحة والازدراع ويركبه و يلبسه و يسكنه الى غير ذلك من المنافع . وظاهره ان له الانتفاع بما ذكر وإن لم يشترط له ذلك وقت العقد ، وهو كذلك على القول الذي اختارته هذه المجلة من الاقوال في حكم بيع الوفاء ، وهو القول الجامع كما يعلم من البزاز به والانقروية والبحر ورد المحتار وغيرها .

﴿ وفي حكم البيع الفاسد بالنظر الى كون كل من الطرفين مقتدراً على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على بيعه الى الغير ﴾

اي ولا رهنه ، و يسقط الدين بهلاكه ان كانت قيمته مساوية للدين . انظر المواد (٣٩٩) و (٤٠٠) و (٤٠١) واذا كان المبيع وفاءً عقاراً فلا شفعة فيه للشفيع . واذا بيع عقارٌ بجواره فالشفعة للبايع لا للمشتري ، كما في الثامن والعشرين من جامع الفصولين . وكذلك ليس للبايع وفاءً ان يبيعه لآخر — انظر المادة (٣٩٧)

ثم ان ما تضمنته هذه المادة من ان هذا حكم بيع الوفاء اختيارٌ له من ثمانية اقوال ذكرها في البحر ، بل تسعة ذكرها في البزازية ، وهو القول الجامع لبعض المحققين ، وهو مركبٌ من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر . — قال في البحر : و ينبغي ان لا يعدل في الافتاء عن القول الجامع — كذا في رد المحتار .

المادة ١١٩ = ﴿ بيع الاستغلال هو بيع المال وفاءً على ان يستأجره البايع ﴾

ليس المراد ان بيع الوفاء اذا وقع مشروطاً فيه هذا الشرط يسمى بيع الاستغلال ، وانما المراد ان بيع الوفاء اذا آجر فيه المشتري المبيع للبايع يسمى

بيع الاستغلال . فقوله « على ان يستأجره البايع » بيانٌ لشرط تسمية بيع الوفاء بيع الاستغلال ، هذا ما يفهم من عبارة الدر المختار ، ونصها : ولو استأجره بايعه لا يلزمه الأجر لأنه رهنٌ حكماً حتى لا يحل الانتفاع به اه قلت : وفي فتاوي ابن الجلبي : ان صدرت الاجارة بعد قبض المشتري المبيع وفاءً ولو للبناء وحده فهي صحيحة والأجرة لازمة للبايع طول مدة التواجر اه — فتنبه . قلت: وعليه فلو مضت المدة و بقي في يده فأفتى علماء الروم بلزوم اجر المثل ، ويسمونه بيع الاستغلال اه . فاندفع ما يقال انه لو كان البيع باتاً وقد شرط فيه ان يؤجره المشتري من البايع ، فالظاهر انه يكون فاسداً لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقد ولا يلايمه لأن البيع يقتضي اطلاق اي تصرفٍ كان لا تصرفاً معينا ، كما في العيني على الكنز . ثم رأيت التصريح بفساد البيع اذا اشترط فيه استئجار البايع في اوايل الفصل الحادي والثلاثين من جامع الفصولين فليراجع اه منه . وفي الفتح ما نصه : ولو اشترى امة بشرط ان يطأها المشترى او لا يطأها ، فالبيع فاسدٌ عند ابي حنيفة، وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز في الأول ، لأنه ملايمٌ للعقد . قلنا الملايم اطلاق الوطء لا الزامه اه وانت خبيرٌ بأن جواز ايجار المشتري للمبيع وفاءً من البايع او غيره انما استفيد من اعتبار كونه في حكم البيع الجائز ، واما اعتبار كونه في حكم الرهن او في حكم البيع الفاسد فيمنع جواز الاجارة ، كما في جامع الفصولين والفتاوى الأنقرويه ، وعبارتها ، نقلاً عن البزازية : وان آجر المبيع وفاءً من البايع ، فمن جعله فاسداً قال لا تصح الاجارة ولا يجب شيء لأن المستحق بجهة اذا وصل على وجه الى المستحق يقع على تلك الجهة ، والرد بحكم الفساد لازم فيقع عنه . ومن جعله رهناً كذلك لا يلزم البايع الأجر ، وقد ذكرناه . ومن اجازه جوّز الاجارة من البايع وغيره واوجب الأجر اه ويمكن ان يكون المراد ان بيع الاستغلال هو بيع المال وفاءً على ان يستغله المشتري بايجارٍ وغيره للبايع وغيره . لكن عبر هنا بقوله « على ان يستأجره البايع » لأنه صورة من صور استغلاله ، وبهذا ايضاً يندفع الاشكال لأنه شرطٌ يقتضيه العقد فصح كونه معتبراً فيه حكم البيع الجائز ، وحينئذ للمشتري ان يؤجره من البايع وغيره ، كما ان له حكم البيع الفاسد من جهة اقتدار المتبايعين على فسخه ، وحكم

الرهن من جهة عدم إقتدار المشتري على بيعه لآخر وكونه احق به من سائر الغرماء وتكون المادة (٣٩٨) من جملة متفرعات هذه المادة ·

والذي حملنا على ان نحمل هذه المادة على احد المرادين خلافاً لما يقتضيه ظاهرها ، انه لم يذكر في هذه المجلة ما يدل على حكم بيع الاستغلال المشروط في عقده استئجار البايع هل هو صحيح بيع وفاء على هذا الوجه او غير صحيح ، وهل شرطه المذكور معتبر يجب الوفاء به ام لا ؟ ولو وجد في هذه المجلة ما يدل على صحة كونه بيع وفاء على هذا الوجه ، وان شرطه معتبرٌ ، لأمكن توجيهه بأن بيع الوفاء مشروطاً فيه هذا الشرط قد جري العرف به (انظر الى المادة ١٨٨) — وفي الخانية والبزازية ما يدل على اعتبار العرف الحادث · قال في رد المحتار : ومقتضى هذا انه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النعل والثوب والقبقاب ان يكون معتبراً اذا لم يؤد الى المنازعة اه وكما صح بيع الوفاء عند من قال بصحته نظراً لكون شرط رد المبيع الى البايع عند ارجاع الثمن قد جرى العرف به مع انه لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ، صح هذا ايضاً لجريان العرف به ، وانظر الى المواد ٣٢ و٣٦ و٣٧ — فليتأمل ذلك ·

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا ان المشتري في بيع الاستغلال انما يصح ايجاره المبيع وفاء من البائع او غيره اذا كان بعد القبض ، واما قبله فلا ، سواء كان المبيع منقولاً او عقاراً ، كما في الفتاوي الانقروية والبزازية — وفيها : وان زعم البائع انه كان قبل قبضه ، والأجر لم يجب بالسكنى ، وزعم المشتري الوجوب لكونه بعد القبض ، فالقول للمشتري لدعواه الصحة اه·

✻ تنبيه ✻

قدمنا في اول شرح هذه المادة عن الدر المختار انه اذا آجر المشتري المبيع الذي اشتراه بطريق الاستغلال وانقضت مدة الاجارة و بقي في يد المستأجر ، فقد افتى علماء الروم بلزوم اجر المثل · قال في حاشية رد المحتار : هذا مشكل ، فإن من آجر ملكه مدةً ثم انقضت و بقي المستأجر ساكناً ، لا يلزمه اجرة الا اذا طالبه المالك بالأجرة ، فاذا سكن بعد المطالبة يكون قبولاً للاستئجار كما ذكره

في محله ، وهذا في الملك الحقيقي ، فما ظنك في المبيع وفاء مع كون المستأجر هو البايع ؟ نعم قالوا بلزوم الأجرة في الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال ، ولعل ما ذكره مبنيٌ على انه صار معداً للاستغلال بذلك الإيجار ، كما يشير اليه قوله «و يسمونه بيع الاستغلال» وفيه نظر ، فليتأمل اهـ — قلت : تأملناه فوجدنا في نظره نظراً ، لأن صحة الايجار مبنيةٌ على اعتبار ان بيع الوفاء بيعٌ جائز ، وتصريح المتعاقدين بأن يستغله المشتري مع صدور الايجار والاستئجار منهما ، يؤذن بأنهما اعداه للاستغلال . وقد ذكرتم رضي الله عنكم ان المعد للاستغلال له حكم الوقف ومال اليتيم ، فأي اشكال بقي في المسئلة ؟ . يجاب بأن التنظير على اعتبار ان استغلال المشتري البيع وفاء غير مشروط في العقد والمتعاقدان لم يصرحا به ، فاندفع التنظير فيه اهـ منه .

✵ فـائدة ✵

قال في البزازية : وان نقد البايع المال في اثناء المدة ، يعني مدة الاجارة ، تنفسخ الاجـارة ويجبر المشتري على القبول لعدم لزوم العقد ، وله الأجر بحساب الماضي اهـ وتمام الكلام على فروع هذه المسئلة هناك .

المادة ١٢٠ — ✵ البيع باعتبار المبيع ينقسم الى اربعة اقسام ✵

البيع الذي هو الحدث ، ان اعتبر من حيث هو ، فهو اربعة : نافذ ان افاد الحكم للحال ، وموقوف ان افاده عند الاجازة ، وفاسدٌ ان افاده عند القبض ، وباطل ان لم يفده اصلا . وان اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع ، فهو اربعة ايضاً ، لأنه اما ان يقع على عين بعين ، او ثمن بثمن اي بكون المبيع فيه من الأثمان اي النقود ، او ثمن بعين ، او عين بثمن ، ويسمى الاول مقايضة ، والثاني صرفاً والثالث سلماً ، وليس للرابع اسم خاص فهو بيعٌ مطلق . وإن اعتبر من حيث تعلقه بالثمن او بمقداره فهو اربعة ايضاً ، لأنه ان كان بمثل الثمن الأول مع زيادة فرابحة ، و بدون زيادة ولا نقص فساومة اهـ (رد المحتار) .

﴿ القسم الاول بيع المال بالثمن ﴾

المراد بالثمن هنا ما لا يتعين بالتعيين وهو النقدان ، لا ما سيأتي بيانه في المادة (١٥٣) . كما ان المراد بالمال ما قابله من الاعيان التي تتعين بالتعيين ، سواء كانت مثليات او قيميات ، لا ما سيأتي بيانه في المادة (١٢٦) .

﴿ وبما ان هذا القسم اشهر البيوع يسمى بالبيع ﴾

اي مطلقاً عن القيود . وقوله «اشهر البيوع» اي لأنه اكثرها وقوعاً .

﴿ القسم الثاني هو الصرف والقسم الثالث بيع المقايضة والقسم الرابع السلم ﴾

المادة ١٢١ — ﴿ الصرف بيع النقد بالنقد ﴾

هو بمعنى ما عرفه به في تنوير الابصار من انه بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس ، او بغير جنس اه واما ركنه فما هو ركن كل بيع ، كما في البحر ، واما حكمه فوقوع الملك لكل واحد من المتصارفين فيما اشترى من صاحبه ابتداء ، كما في بيع العين (هندية عن محيط السرخسي) واما شرايطه فعدم التأجيل ، وعدم الخيار ، والتماثل اي التساوى وزناً ان اتحداجنساً وان اختلفا جودةً وصناعةً ، والتقابض قبل الافتراق بالبراجم اى الايدى ، لا بالتخلية (در مختار) ولهذا لم يصح فيه اجلٌ ولا خيار شرط ، لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه وذلك يُخل بالقبض ، فإن اسقطا الأجل والخيار في المجلس صح . واما خيار العيب فثابت فيه اما خيار الرؤية، فثابت في العين دون الدين والمراد بالدين النقد . ومن العين المصوغ من الأواني والحلى (اه ملخصاً من حاشية ابي السعود على شرح الكنز لمنلا مسكين) وحيث لم يذكر في هذه المجلة ما يتعلق باحكام الصرف ومسايله فنذكره ان شاء الله تعالى في فصل على حدة عقيب الفصل الثالث من الباب السابع .

ج-٢

المادة ١٢٢ – ﴿ بيع المقايضة بيع العين بالعين اي مبادلة مال بمال غير النقدين ﴾

ثم ان اتفقا جنساً وقدراً ، اشترط لصحتها تساوي البدلين وتعينهما . وان اتفقا جنساً فقط ، او قدراً فقط ، اشترط التعيين دون التساوي ، فصح بيع كر حنطة بكر حنطة معينين ، ولا يصح نسيئة ولا متفاضلاً . وصح بيع كر حنطة بكري شعير وثوب هروى بثوبين هرو بين معينات ، ولا يصح نسيئة . وان اختلفا جنسا وقدراً فلا يشترط شيء ، فصح بيع ثوب هروي بثوبين مرو يين نسيئة الى اجل معلوم ، لأنه اذا وجد القدر والجنس حرم كل من الفضل والنسأ ، واذا وجد احدهما فقط حل الفضل وحرم النسأ ، وإن عدما حل كل منهما . فالمراد بالتعيين عدم التأجيل لا التقابض . واما اشتراط التقابض فيما اذا اتفقا جنساً وقدراً او جنساً فقط ، او قدراً فقط ، فلا قائل به لأن التقابض في المجلس لا يشترط الا في الصرف ، وهو بيع الأثمان بعضها ببعض ، اما ما عداه فإنه يشترط فيه التعيين لا التقابض كما في رد المحتار وغيره .

المادة ١٢٣ – ﴿ السلم بيع مؤجل بمعجل ﴾

يعني ان السلم عقدٌ يثبت به الملك في الثمن عاجلاً ، وفي المثمن آجلا (هندية) فالبايع مسلم اليه ، والمشترى رب السلم ، والمبيع مسلم فيه والثمن رأس المال وله احكام سيأتي تفصيلها في الفصل الثالث من الباب السابع .

ج - ٢

المادة ١٢٤ - ❋ الاستصناع عقد مقاولة مع اهل الصنعة على ان يعمل شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع ❋

والاستصناع ينعقد اجارةً ابتداءً ويصير بيعاً انتهاءً قبل التسليم بساعة ، وهو الصحيح (كذا في جواهر الاخلاطي ، هندية ، ومثله في الذخيرة) وعلى هذا تبتني المادة (٣٩٢) وسنأتي زيادة توضيح في الفصل الرابع من الباب السابع .

المادة ١٢٥ - ❋ الملك ما ملكه الانسان سواء كان اعيانا او منافع ❋

الاعيان كالعروض والنقود والعقار والحيوان . والمنافع كالسكنى وحق المرور وحق الشرب وحق المسيل وحق الشفعة وحق التعلي . قال في التلويح من بحث القضاء : والتحقيق ان المنفعة ملكٌ لا مال لأن الملك ما من شأنه ان يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه ان يدخر للانتفاع وقت الحاجة . كذا في رد المحتار . وبهذا علم ان الملك اعم من المال ، فكل مال ملك ، ولا ينعكس .

المادة ١٢٦ ❋ المال ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان او غير منقول . ❋

مباحاً او غير مباح كالخمر لأن المالية تثبت بتمول الناس كافة او بعضهم (رد المحتار) ،

المادة ١٢٧ - ❋ المال المتقوم يستعمل في معنيين الاول بمعنى

ما يباح الانتفاع به والثاني بمعنى المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم واذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز . ✻

يعني ان المال المتقوم مأخوذ في مفهومه كلا المعنيين ، فيعرف بأنــه المال المحرز الذي يمكن ادخاره مع اباحة الانتفاع به شرعاً ، فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً كحبة حنطة ، وما يتمول بلا اباحة انتفــاع لا يكون متقوماً كالخمر ، واذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم — كذا في رد المحتار والطحطاوي .

المادة ١٢٨ - ✻ المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات ✻

والبناء والشجران لم يكونا تبعاً للارض وان كان لهما حق القرار ، كالقائمين في ارض وقف محتكرة ، كما في الدر المنتقى . والظاهر ان البناء اذا كان علواً يعد من العقار لا من المنقول ، بدليل انه يستحق بالشفعة ويستحق به في السفل على على انه خليط في الحقوق ، كما في شرح العيني على الكنز . قــال : لان حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول اه .

المادة ١٢٩ — ✻ غير المنقول ما لا يمكن نقله من مكان الى اخر كالدور والاراضي مما يسمى بالعقار ✻

المادة ١٣٠ — ✻ النقود جمع نقد وهو عبارة عن الذهب والفضة ✻

اي سواء كانا مضروبين اولا ، مصوغين اولا ، وان كان المصوغ يتعين في العقد بسبب ما اتصل به من الصنعة ، اذ لا تخرجه الصنعة عن كونه نقداً ،

كما في رد المحتار .

المادة ١٣١ — ❊ العروض جمع عرض بالتحريك وهو ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات كالمتاع والقماش ❊

قوله بالتحريك الذي في القاموس ، والعرض بالسكون ، ويحرك اه والمتاع كل شيء سوى النقدين اه فاستعماله فيما عدا الحيوانات والمكيلات والموزونات انما هو اصطلاحاً .

المادة ١٣٢ — ❊ المقدرات ما تتعين مقاديرها بالكيل والوزن او العدد او الذراع وهي المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات ❊

المادة ١٣٣ — ❊ الكيلي والمكيل هو ما يكال ❊

وما نص الشارع على كونه كيلياً كبر وشعير وتمر وملح ، او وزنياً كذهب وفضة فهو كذلك ، لا يتغير ابداً . او ما لم ينص عليه حمل على العرف ، كذا في الدر المختار .

المادة ١٣٤ — ❊ الوزن والموزون هو ما يوزن ❊

المادة ١٣٥ — ❊ العددي والمعدود هو ما يعد ❊

المادة ١٣٦ — ❊ الذرعي والمذروع هو ما يقاس بالذراع ❊

ج-٢

المادة ١٣٧ — ✱ المحدود هو العقار الذي يمكن تعيين حدوده واطرافه ✱

المادة ١٣٨ - ✱ المشاع ما يحتوي على حصص شائعة ✱

اي بأن يكون مشتركا بين جماعة ، اثنين فأكثر .

المادة ١٣٩ — ✱ الحصة الشايعة هي السهم الساري الى كل جزء من اجزاء المال المشترك ✱

المادة ١٤٠ = ✱ الجنس ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منه ✱

المادة ١٤١ = ✱ الجزاف والمجازفة بيع مجموع بلا تقدير ✱

كبيع المكيلات بلا كيل والموزونات بلا وزن والمذروعات بلا ذرع والمعدودات بلا عدد .

المادة ١٤٢ = ✱ حق المرور هو حق المشي في ملك الغير ✱

المادة ١٤٣ = ✱ حق الشرب هو نصيب معين معلوم من النهر ✱

المادة ١٤٤ = ✱ حق المسيل حق جريان الماء والسيل من

دار الى خارج ٭

المادة ١٤٥ = ٭ المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتدّ به ٭

المادة ١٤٦ = ٭ القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق او يوجد لكن مع التفاوت المعتدّ به في القيمة ٭

ذكرُ السوق في تعريف كل من المثليّ والقيميّ اتفاقيٌ ، والا فإن المثليّ كما في درالمختار وغيره ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً تختلف به القيمة ، كالمكيل والموزون ، والمعدود المتقارب كالجوز والبيض ، والقيمي ما عدا ذلك .

المادة ١٤٧ = ٭ العدديات المتقاربة المعدودات التي لا يكون بين افرادها وآحادها تفاوت في القيمة لجميعها من المثليات ٭

المادة ١٤٨ ٭ العدديات المتفاوتة المعدودات التي يكون بين افرادها وآحادها تفاوت في القيمة لجميعها قيميات ٭

المادة ١٤٩ = ٭ البيع بعني ماهيته عبارة عن مبادلة مال بمال ويطلق على الايجاب والقبول ايضاً لدلالتهما عَلَى المبادلة ٭

اطلاق البيع الذي هو الحدث على الأيجاب والقبول مجازيٌ من اطلاق اسم المسبب على السبب ، ودلالتهما على المبادلة التزاميةٌ اذ يلزم من وجودها وجود

المبادلة ، كما ان الصلاة عبارة عن عبادة بدنية مفتتحة بالتكبير ومختتمة بالسلام ، ونطلق ايضاً على اركانها فيقال الصلاة قرائة وركوع وسجود ، مجازاً . وانما قلنا ذلك لأن البيع ليس عبارة عن لفظي بعت واشتريت او عن معناها ، بل هو عبارة عن مبادلة المال بالمال ، كيف لا وقد ثبت في موضعه ان المصدر لا يحمل عليه الأ مرادفه او مطلقه الذي هذا المصدر حصة له وانما كانت دلالة الايجاب والقبول على المبادلة التزامية ، لأن بعت واشتريت انما يدلان مطابقة على الحدث والزمان ، لكن يلزم من تحقق التكلم من العاقدين بهما تحقق المبادلة . ولهذا قال في الهداية : البيع ينعقد بالايجاب والقبول وفي التنوير : ويكون بقول او فعل ، اما القول فالايجاب والقبول الخ . اي يوجد بسبب الإيجاب والقبول . فقول الفاضل ابن عابدين في رد المحتار عند قول المصنف « ويكون الخ » وظاهر كلام المصنف ان الايجاب والقبول غير البيع ، مع ان ركن الشيء عينه ، فيه نظر لا يخفى .

المادة ١٥٠ = ﴿ محل البيع هو المبيع ﴾

اي لأن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع ، كما سيأتي ، فلا يرد ان كلاً من المبيع والثمن مأخوذ في مفهوم البيع ، لأنه مبادلة المال بالمال ، فكل منهما محل له .

المادة ١٥١ = ﴿ المبيع ما يباع وهو العين التي تتعين في البيع وهو المقصود الأصلي من البيع لأن الانتفاع انما يكون بالأعيان والأثمان وسيلة للمبادلة ﴾

المراد بتعيينها في البيع كونها موجودة وقت البيع مقدورة التسليم . واما تعيينها بمعنى رفع الجهالة عنها بمعرفة قدرها ووصفها ، فيشترك فيه كل من المبيع والثمن كما

لا يخفى . وقوله « وهو المقصود الأصلي الخ » بمنزلة التعليل لما قيل ، يعني انه لما كان المقصود الأصلي من البيع هو البيع دون الثمن ، اشترط تعيينه بمعنى وجوده ، والقدرة على تسليمه ، دون الثمن . ولهذه العلة عينها لو باع البائع المبيع قبل قبض المشتري من آخر ، لا ينعقد البيع كما في الخلاصة ، اي وان كان من المثليات . واما الثمن فللمشتري ان يتصرف به ويدفع مثله وان كان مشاراً اليه عند العقد ، وكذلك يكون البيع باطلاً اذا وقع الخمر مبيعاً ، وفاسداً اذا وقع ثمناً . وكذلك اذا بيع سمك لم يصد بالثمن يكون بيعه باطلاً ، واذا بيع عرض به يكون فاسداً ، كما في الدر المختار وغيره . واما قول الشارح « ولهذا لو تلف المبيع بيد البائع قبل القبض ، انفسخ البيع ، وان هلك الثمن لا ينفسخ » فغلطٌ لما في الانقروية عن بيوع القاعدية انه يبطل البيع بهلاك الثمن كما يبطل بهلاك المبيع اه . وهلاك الثمن بانقطاع مثله وكساده ، لا بذهاب عينه مع بقاء مثله .

المادة ١٥٢ = الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة

وهو النقدان والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة . قال في الهندية : ما يتعين في العقد فهو المبيع ، وما لا يتعين فهو الثمن ، الا ان يقع عليه لفظ البيع . ثم الاعيان ثلاثة : اثمانٌ ابداً ، ومبيع ابداً ، وما هو بين مبيع وثمن ، اما ما هو ثمن ابداً فالدراهم والدنانير قابلها امثالها او اعيان اخر صحبها حرف الباء ام لا . واما ما هو مبيع ابداً فهي الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ، والعدديات المتقاربة واما ما هو مبيع وثمن فهي المكيلات والموزونات المتقاربة ، فإن قابلها الأثمان فهي مبيعة ، وان قابلها امثالها مكيل او موزون او عددي متقارب ، ينظر : ان كان كلاهما عيناً جاز وكلاهما مبيع ، وان كان احدهما عيناً والآخر ديناً موصوفاً في الذمة ، فإن جعل العين منها مبيعاً والدين ثمناً جاز . ويشترط قبض الدين قبل التفرق ، وان جعل الدين منها مبيعاً والعين ثمناً لا يجوز ، وان قبض الدين قبل التفرق ، لأنه يصير بايعاً ما ليس عنده ولا يجوز الا بجهة السلم . وعلامة الثمن

ان يصحبه الباء وعلامة المبيع ان لا يصحبه الباء وان كان كلاهما ديناً لم يجز لأنه بيع ما ليس عنده اه ٠

المادة ١٥٣ = ﴿ الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع بالتراضي سوآء كان مطابقاً لقيمته الحقيقية او ناقصاً عنها او زائداً عليها ﴾

المادة ١٥٤ = ﴿ القيمة هي الثمن الحقيقي للشيء ﴾

قال في رد المحتار : والفرق بين الثمن والقيمة ان الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد عن القيمة او نقص والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار ، من غير زيادة ولا نقصان اه٠

المادة ١٥٥ = ﴿ المثمن الشيء الذي يباع بالثمن ﴾

المادة ١٥٦ = ﴿ التأجيل تعليق الدين وتأخيره الى وقت معين ﴾

المادة ١٥٧ = ﴿ التقسيط تأجيل اداء الدين مفرقاً الى اوقات متعددة معينة ﴾

المادة ١٥٨ = ﴿ الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر والمقدار المعين من الدراهم او من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين ﴾

ج - ٢

المادة ١٥٩ - ﴿ العين الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين فكلها من الاعيان ﴾

المادة ١٦٠ - ﴿ البايع هو من يبيع ﴾

المادة ١٦١ - ﴿ المشتري هو من يشتري ﴾

المادة ١٦٢ = ﴿ المتبايعان هما البايع والمشتري ويسميان عاقدين ايضاً ﴾

المادة ١٦٣ = ﴿ الاقالة رفع عقد البيع وازالته ﴾

الاقالة كما تجري في عقد البيع تجري في غيره من العقود القابلة للفسخ بخيار ، كما في الدر المختار وحواشيه . فتعريفها بأنها رفع عقد البيع لكون الكلام في البيع ، والا فإن حقيقتها في الاجارة لا تخالف حقيقتها في البيع ، كما في رد المحتار . ولذا عرفها في الجوهرة بأنها رفع العقد مطلقاً .

المادة ١٦٤ = ﴿ التغرير توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ﴾

التغرير كما يكون من البايع للمشتري يكون ايضاً من المشتري للبايع ، ويكون من الدلال لأحدهما . واما تغرير الأجنبي لأحدهما فلا عبرة به (انظر المادة ٣٥٧) وكأنه اقتصر على الأول في التعريف لأنه الأكثر وقوعاً .

ج — ٣

المادة ١٦٥ — ﴿ الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار او زيادة ﴾

قوله « او زيادة » اي على ما ذكر . وكونه على قدر نصف العشر في العروض الخ هو ما ذكره في جامع الفصولين . والثاني ، اي الزيادة على ذلك ، هو ما اعتمده محشيه الخير الرملي حيث قال : اقول هذا ما ذكره المؤلف من انه قدر نصف العشر ، هو ما يتغابن لا ما لا يتغابن فيه . وهذه الألفاظ يعني التي ذكرها المؤلف فارسية تفسيرها ما قاله نصير بن يحي : ما يتغابن فيه الناس في العروض نصف العشر ، وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس ، وما خرج عنه فهو مما لا يتغابن فيه الناس . ووجهه ان التصرف يكثر وجوده في العروض ، و يقل في العقار ، و يتوسط في الحيوان . وكثرة الغبن لقلة التصرف اه

المادة ١٦٦ — ﴿ القديم هو الذي لا يوجد من يعرف اوله ﴾

﴿ تمت المقدمة ويليها الباب الاول ﴾

ج-٢

✵ الباب الاول ✵

« في بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع وفيه خمسة فصول

✵ الفصل الاول فيما يتعلق بركن البيع ✵

المادة ١٦٧ - ✵ البيع ينعقد بايجاب وقبول ✵

يعني اذا سمع كلٌّ كلام الآخر . ولو قال البائع لم اسمع ، وليس به صمم ، وقد سمعه من في المجلس ، لا يصدق (فتح) والمراد ان يكون الإيجاب والقبول متعاقبين . فلو خرجا معاً صح البيع على ما في التتارخانية ، ولم ينعقد على ما في القهستاني ، كذا في الدر المختار . ويشترط لصحة الإيجاب ان لا يُقرن بما يبطله ، فلو وهبه الثمن قبل القبول بطل . ويشترط لصحة القبول حياة الموجب ، فلو مات قبله بطل ، وان يكون قبل رجوع الموجب ، فلو قال بعتك هذا بألف ثم قال لآخر بعتك نصفه بخمسماية ، قال ابو يوسف يصح قبول الثاني ولا يصح قبول الاول بعد رجوع البائع عن النصف . ولو خرج الرجوع والقبول معاً كان الرجوع اولى . ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب ، كذا في التتارخانية : لو قال البائع بعت منك هذا العبد بكذا ، ثم قال رجعت ، ولم يسمع المشتري رجوع البائع وقال اشتريت ، ينعقد البيع (هندية عن الظهيرية) وان يكون قبل تغير المبيع ، فلو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب او ولدت او تخمر العصير ثم صار خلاً ، لم يصح قبول المشتري ، وان يكون قبل رد المخاطب الإيجاب ، فلو قال بعتك بألف فقال لا اقبل بل بخمسمائة ثم قال اخذت بألف ، قال ابو يوسف : ان دفعه اليه فهو رضاء والا فلا (نهر) ولا يشترط ان يشتمل القبول على الخطاب بعد ما صدر الايجاب بالخطاب فلو

قال بعد قوله بعتك «أشتريت» ولم يقل «منك»، صح . ولو قال بعتك بألف فقال اشتريته بألف الى سنة ، او بشرط الخيار ، لم يتم الا اذا رضي في المجلس (ابو السعود عن البحر)

المادة ١٦٨ - ﴿ الايجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين ﴾

فيه اشارة الى انه لا ينعقد بالوكيل من الجانبين ، وهو كذلك كما في الفتح والدر المنتقي وغيرهما . قال في الخانية : الواحد لا يتولى العقد من الجانبين الا في مسايل ، منها الأب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه او باع ماله من ولده ، فإنه يكتفي بلفظ واحد . وقال خواهر زاده : هذا اذا اتى بلفظ يكون اصلاً في ذلك اللفظ بأن باع ماله فقال بعت مالي من ولدي فإنه يكتفي بقوله بعت . اما اذا اتى بلفظ لا يكون هو اصلاً في اللفظ فإن اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا المال لولدي لا يكتفي بقوله اشتريت ، و يحتاج لقوله بعت اه كذا في مجمع الأنهر . والجد ابو الأب عند انعدام الأب بمنزلته (هندية) .

ومنها وصي الأب اذا باع ماله من اليتيم او اشترى لنفسه مال اليتيم وكان ذلك خيراً لليتيم ، صح بيعه وشراؤه ، كما في الخانية . ويجري فيه ما قاله خواهر زاده في بيع الأب كما لا يخفى . ومعنى الخيرية في المنقول ان يشتري لنفسه من مال اليتيم ما يساوي عشرة بخمسة عشر ، وان يبيع من مال نفسه لليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة . وفي العقار ان يشتري مال اليتيم لنفسه بضعف القيمة ، و يبيع مال نفسه لليتيم بنصف القيمة . كذا في الخانية . هذا في وصي الأب واما وصي القاضي فلا يملك ما ذكر ، لأن وصي القاضي وكيل محض والوكيل لا يملك البيع والشراء لنفسه (خلاصة ، كذا في رد المحتار) فإطلاق مجمع الانهر الوصي غير مرضي .

ومنها الوصي اذا اشترى مال اليتيم للقاضي بأمر القاضي ، كما في مجمع الأنهر

ج ـــ ٣

والدر المنتقى · وهل يكتفي بلفظٍ واحدٍ ام لا بد من قوله بعت وقوله اشتريت ، وهل يضيف الشراء للقاضي او يطلقه ? — لم اره ، ولو كانت المسئلة مصورة بأن يقول القاضي لوصيّه بعني هذا المال الذي لليتيم بكذا ، فيقول بعتك ، لما بقي فرقٌ بين القاضي وبين الأجنبي في ذلك ، وليحرر · واما القاضي فلا يعقد لنفسه لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل (مجمع الانهر) واما بيع القاضي والأب والوصي مال احد اليتيمين للآخر ، ففي احكام الصغار نقلاً عن القاضي ابي جعفر انه لا يجوز بالإتفاق · ثم قال : وذكر رشيد الدين في فتاواه : القاضي في بيع مال احد الصغيرين من الآخر مثل الوصي ، بخلاف الأب · وفي الحاصل من شرح الطحاوي : لا يجوز من الوصي بيع مال احد اليتيمين من الآخر ، ويجوز ذلك من الأب اذا لم يفحش الغبن اهـ فعلى ما في شرح الطحاوي يكون بيع الأب مال احد اليتيمين من الآخر من جملة المسائل المستثناة من قولهم ان الواحد لا يتولى العقد من الجانبين

ومنها العبد اذا اشترى نفسه من مولاه بأمره ،كما في البحر ومجمع الأنهر ·

ومنها كما في البحر : الرسولُ من الجانبين بأن يقول البايع بعت فلاناً كذا بكذا فبلّغه يا فلان ، ثم يقول المشتري عند ما بلّغه الرسول قبلت البيع ، انعقد البيع بلفظي الرسالة التي نطق بهما الرسول · بخلاف الوكيل فإنه يضيف العقد لنفسه فيقول بعت مال فلان من فلان بكذا فلا ينعقد البيع ·

وجعل منها في الدرر ما لو قال بعت منك هذا بدرهم ، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً ، ينعقد البيع وليس بشيء لما ذكروه · ويأتي من ان القبول يكون بالقول و بالفعل وان القبض قبول فحينئذٍ لم يوجد انفراد احدهما بالعقد ، فلا استثناء ·

(تنبيـه) ما ذكرنا انه مستثنى من قولهم « الواحد لا يتولى العقد من الجانبين » منه ما يكون العقد فيه بلفظين ايجاب وقبول وهو بيع الأب والوصي وشراؤهما اذا اتيا بلفظٍ لا يكون اصلاً في اللفظ كما تقدم ، و بيع الرسول من الجانبين · ومنه ما يكون بلفظٍ واحدٍ وهو باقي المسائل · ثم ان ظاهر قوله « لفظين » انه لا ينعقد بالاشارة بالرأس · و يدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف : فضوليٌ باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا ، فقال ثالث

هل اذنت لي بالاجازة ، فقال نعم فأجازه ، ينفذ . ولو حرك رأسه بنعم فـلا ، لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر اه وفي الاشباه من احكام الاشارة : وان لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته الا في اربع : الكفر والاسلام والنسب والافتاء الخ (رد المحتار مختصراً)

﴿ مستعملين لانشاء البيع في عرف البلدة ﴾

لم يقل كما قال غيره : منبئين عن معنى التملك والتمليك ، لئلا يتوهم انه يشترط انباؤهما عن ذلك وضعاً ، مع ان المناط ان ينبئا عن ذلك عرفاً وعادةً بدليل انهم ذكروا لما ينعقد به البيع الفاظاً كثيرة لا تنبيء عنها وضعاً كلفظ الجعل والأكل والادخال والاشتراك وما اشبهها ، كما سيأتي . وعن هذا قال في رد المحتار : قلت : وفي عرفنا يسمى بيع الثمار على الأشجار ضمانا . فاذا قال ضمنتك هذه الثمار بكذا وقبل الآخر ، ينبغي ان يصح . وكذا تعارفوا في بيع احد الشريكين في الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة ، فيقول قاصرتك بكذا ، ومراده بعتك حصتي من هذه الدابة بكذا ، فإذا قبل الآخر صح ، لأنها من الفاظ التمليك عرفاً اه اي وان لم تكن من الفاظه وضعاً . والحاصل ان الضابط للألفاظ المستعملة لإنشاء البيع هو العرف والعادة ، وان كان العرف خاصاً في بلدة دون اخرى ، فلله در هذه المجلة ما ارقها عبارة وادقها اشارة .

المادة ١٦٩ — ﴿ الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبعت واشتريت ﴾

وذلك لأن البيع انشاء تصرف ، وهو اي الانشاء اثبات ما لم يكن ثابتاً . وانما يعرف الإنشاء بالشرع لأن الواضع لم يضع للانشاء لفظاً خاصاً ، فاستعمل الشرع اللفظ الذي وضع للإخبار عن الماضي انشاءً . وانما خص بلفظ الماضي لأنه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحاً عقلاً وحكمةً فكان الوجود حقاً له بمقتضى الحكمة . فإذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود ، وهو لفظ الاخبار عن الماضي . فلا ينعقد البيع بلفظين احدهما لفظ المستقبل — بخلاف النكاح ، فإنه

لو قال زوجني فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح . والفرق ان النكاح لا يخلو عن تقدم الخِطبة (بكسر الخاء) والخُطبة (بضمها) وهما يدلان على ان المراد النكاح اما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله « ابيعك » عدةً و « بعني » استياماً وطلباً ، وذا لا يدل على الوجود لا محالة . ولا يرد انه لو قال خذه بألف فقال اخذته ينعقد البيع مع ان احد اللفظين لفظ الاستقبال وهو الأمر ، كما سيأتي بيانه في المادة (١٧٢) وشرحها من ان الموجب ثابتٌ اقتضاءً كأنه قال له بعتك بكذا فخذ (كذا في العناية)

واي لفظ من هذين ذُكر اولاً فهو ايجاب والثاني قبول . فلو قال البايع بعت ثم قال المشتري اشتريت ، او قال المشتري اولاً اشتريت ثم قال البايع بعت ، انعقد البيع ، و يكون لفظ بعت في الاولى ايجاباً واشتريت قبولاً . وفي الثانيه بالعكس . وينعقد البيع ايضاً بكل لفظ ينبيء عن انشاء التمليك والتملك ، سواء كان انباؤه عنها بحسب وضعه كالأمثلة الآتية ، او بحسب العرف ، كما اذا وقع بلفظ الضمان او المقاصرة او بطريق الاقتضاء ، كما في اكثر الامثلة الآتية .

﴿ كقول البائع اعطيت او ملكت وقول المشتري اخذت او تملكت او رضيت وامثال ذلك ﴾ كقوله وهبت منك هذا العبد بألف وقال الآخر قبلت (هندية) وكذلك لو قال المشتري اشتريت منك هذا بكذا ، فقال البايع هو لك ، او هات الثمن (سراجية) — وفيها اذا قال لآخر رضيت هذا بعشرة فقال البايع بعت ، تم الشراء اه

وافاد في رد المحتار ان لفظة نعم قد تكون ايجاباً ، لما في البحر : لو قال اتبيعني عبدك هذا بألف ، فقال نعم ، فقال اخذته ، فهو بيعٌ لازم . فوقعت كلمة « نعم » ايجاباً ، وتقع ايضاً قبولا كما لو قال اشتريت منك هذا بألف فقال نعم . وفي التتارخانية : بعت منك هذا بألف ، فقال المشتري قد فعلت ، فهذا بيع . ولو قال نعم ، لا يكون بيعاً . وذكر في فتاوى سمرقندان : من قال لغيره اشتريت عبدك هذا بألف درهم ، فقال البايع قد فعلت ، او قال نعم ، او قال هات الثمن ، صح البيع ، وهو الاصح اه فجاز ان تكون نعم قبولاً من البايع ، ولا تكون قبولاً من

المشتري . والفرق كما في رد المحتار ان قول المشتري نعم تصديق لقول البايع بعتك ولا يتحقق البيع بمجرد قوله بعتك . بخلاف قول البايع « نعم » بعد قول المشتري « اشتريت » لأنه جواب له فكأنه قال نعم اشتريت مني، والشراء يتوقف على سبق البيع اه .

ويصح الايجاب بلفظ الجعل كقوله «جعلت لك هذا بألف» لما ذكره محمد من ان القاضي اذا قال للداين جعلت لك هذا بدينك ، كان بيعاً ، وهو الصحيح وفيه دليل على انه لو قال المديون لداينه هذا الشيء بيع بدينك ، فقبل ، انعقد (كذا في البحر) وفيه عن التتارخانية : وينعقد بيع المعلق بفعل قلب كإن اردت فقال اردت، او ان اعجبك فقال اعجبني ، او ان وافقك فقال وافقني . واما اذا قال ان اديت الي ثمن هذا العبد فقد بعتك ، فإن ادى في المجلس صح اه

وفيه عن الخانية : ولو قال لقصاب زن من هذا اللحم كذا بدرهم ففعل لا يكون بيعاً ، وكان للآمر الامتناع من اخذه . ولو قال زن لي من موضع كذا من هذا اللحم بكذا درهما فوزنه من ذلك الموضع كان بيعاً ، وليس له الامتناع اه

وفي الهندية عن البحر : ينعقد بلفظ اجزت بعد قوله بعت . وفيها عن الاختيار شرح المختار : وكذلك لو قال المشتري اشتريت بكذا فقال البائع رضيت او امضيت او اجزت اه وفيها عن وجيز الكردري : ولو قال اشتريته بكذا ، فقال البائع هو لك ، او عبدك او فداك ، تم البيع اه وفيها ولو قال لآخر عوضت فرسي بفرسك ، فقال وانا فعلت ايضاً ، فهذا بيع وعليه فتوى شمس الائمة الاوزجندي ، كذا في جواهر الاخلاطي . واذا قال لغيره هذا العبد عليك بألف درهم ، فقال الآخر قبلت ، يكون بيعاً ، كذا في المحيط .

المادة ١٧٠ — ❋ ينعقد البيع بصيغة المضارع ايضاً اذا اريد بها الحال كابيع واشتري واذا اريد بها الاستقبال لا ينعقد ❋

لا فرق في هذا الحكم بين ان يقع كل من الايجاب والقبول بصيغة

المضارع او احدهما بصيغة المضارع والآخر بصيغة الماضي ، كما في الدر . وقوله « اذا اريد بها » — اي بصيغة المضارع — الحال ، اي مع نية الايجاب للحال ، كما في الطحطاوي عن النخ . وقوله « اذا اريد بها الاستقبال لا ينعقد » وكذا الحكم اذا لم ينو شيئاً ، كما في الطحطاوي . وانما احتاج المضارع الى نية الحال مع انه حقيقة للحال عندنا ، لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقةً او مجازاً (بحر عن البدايع ، رد المحتار) وهذا فيما يحتمل الحال والاستقبال . اما ما تمحض للحال كأبيعك الآن ، فلا يحتاج الى النية (ابو السعود على شرح الكنز لمسكين ، ومثله في الدر المختار) .

المادة ١٧١ — ❊ صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد بها البيع ❊

وكذا لا ينعقد البيع فيما احتمل الحال والاستقبال ، وكان المتكلم به خالي الذهن من النية ، كما تقدم نقله عن ابي السعود والدر المختار .

المادة ١٧٢ ـ ❊ لا ينعقد البيع بصيغة الأمر ايضاً كبع واشتر الا اذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال ❊

اي على اللفظ الذي يدل على انشاء البيع في الحال — فاندفع ما يقال ان الذي دلت عليه « خذ » بطريق الاقتضاء في المثال الآتي هو « بعت » وهو ماض لا حال .

❊ فحينئذٍ ينعقد بها البيع . فلو قال المشتري بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال البايع بعتك لا ينعقد البيع اما لو قال البائع للمشتري خذ هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال المشتري اخذته ، او قال المشتري اولاً اخذت هذا الشيء بكذا غروشاً ، وقال البائع خذه ، او قال الله يبارك لك ومثله ، انعقد البيع . فإن قوله « خذه » والله يبارك لك ها هنا بمعنى ها انا بعتُ فخذ ❊

لأن البايع قد امره بأخذ بالألف مثلاً وليس له عليه ولاية الأمر بالأخذ بالألف الا بالبيع ، فثبت البيع اقتضاء كأنه قال له بعتك بكذا فخذ (كذا في العناية)

وقال في فتح القدير : وهذا كما اذا قال بعتك عبدي هذا بألف ، فقال فهو حر ، عتق وثبت «اشتريت» اقتضاء — بخلاف ما لو قال هو حر بلا «فاء» ، لا يعتق . وانما صح بهذه ونحوها لأنها تؤدي معنى البيع ، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود . الا يرى الى ما قالوا : لو قال وهبتك او وهبت لك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فرضي ، فهو بيع بالاجماع اه (انظر المادة ٣)

المادة ١٧٣ - * كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة ايضاً *

اي من الجانبين او من احدهما (انظر المادة ٦٩) وصورة الكتابة منهما ان يكتب «اشتريت عبدك فلانا بكذا» فيكتب اليه البائع «قد بعت» فهذا بيع كما في التتارخانية — وصورة الكتاب من احدهما ان يكتب «بعت عبدي فلانا منك بكذا» فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك «اشتريت» تم البيع بينهما كما في رد المحتار .

وكما يكون ذلك بالكتابة يكون بالرسالة ايضاً ، كما في الهداية . وصورة الرسالة ان يقول البايع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان فقل له ، فذهب الرسول فأخبره بما قاله ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك . (كذا في رد المحتار) قال في فتح القدير : فلو بلغه بغير امر بأن لم يقل (فاذهب يا فلان فبلغه) لم يجز ، لأنه ليس رسولاً بل فضولياً . ولو كان قال «بلغه يا فلان» فبلغه غيره فقبل ، جاز اه (كذا في الفتح ، ومثله في التتارخانية) قال : وهذا شيء يحفظ جداً اه ولم ار تصوير الرسالة من الجانبين . والظاهر انه لا يمكن ذلك لأن الرسول من احد الجانبين اذا بلغ رسالته للجانب الآخر ، فقال قبلت ،

ثم البيع كما تقدم نقله ، فلا حاجة الى ارساله ثانياً بالقبول ، وليتأمل . هذا معا قدمناه عن البحر في شرح المادة (١٦٨) من ان من جملة المستثنى من قولهم « الواحد لا يتولى البيع من الجانبين » الرسول من الجانبين . بقي ما اذا كان البيع برسالةٍ من احد الجانبين و كتابةٍ من الجانب الآخر ، كما اذا قال رجلٌ بعت هذا من فلان الغايب بكذا فقل له يا فلان ، فذهب الرسول فأخبره ، فلم يقل بلسانه شيئاً بل كتب في مجلسه ذلك (اما بعد فقد قبلت البيع الذي ارسلت به فلانا) ولا شك انه ينعقد البيع لاطلاق قولهم الكتابة — وكذا الارسال كالخطاب وسيأتي تمام الكلام على هذه المسئلة في شرح المادة (١٨١)

المادة : ١٧٠ — ✱ ينعقد البيع بالاشارة المعروفة للأخرس ✱

اي بحاجبٍ و يدٍ وغير ذلك . و يشترط ان تكون مقرونةً بتصويتٍ منه لأن العادة منه ذلك . فكانت الاشارة بياناً لما اجمله الاخرس ا رد المحتار عن البحر) وهذا اذا لم يكن الخرس طارئاً ، فلو طرأ عليه بعد ان كان ناطقاً بأن اعتقل لسانه ، فالصحيح ان جميع تصرفاته من بيع وغيره موقوفة ، فأن دام به الى الموت نفذت ، وان زال بطلت — كذا في البحر وفي الدر المختار ، و به يفتى .

واطلاق هذه المادة يفيد اعتبار الاشارة وانعقاد البيع بها من الأخرس وان كان يقدر على الكتابة ، وهو المعتمد كما في رد المحتار . قال : لأن كلا منهما حجةٌ ضرورية اه .

وقيد الاشارة بكونها معروفةً ليفيد انه اذا لم تكن اشارته معروفةً او شُكّ فيها يكون بيعه باطلاً ، كما في رد المحتار عن كافي الحاكم الشهيد — وقيد الاشارة بكونها من الاخرس ليفيد انه لا اعتبار لإشارة الناطق في جميع العقود ، كما قدمناه في شرح المادة (١٦٨)

ج - م

المادة ١٧٥ — ﴿ حيث ان المقصد الاصلي من الايجاب والقبول هو تراضي الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ﴾

اشار بقوله « الدالة على التراضي » الى انه لو صرح مع التعاطي بعدم الرضى لا ينعقد البيع . فلو دفع الدراهم واخذ البطاطيخ مثلاً والبايع يقول لا اعطيها بها لا ينعقد ، كما في التنوير وشرحه الدر المختار — اي وان كانت عادة السوقة ان البايع اذا لم يرض يرد الثمن او يسترد المتاع ، والا يكون راضياً به . و يصيح خلفه لا اعطيها تطيباً لقلب المشتري فإنه مع هذا لا يصح البيع (كذا في رد المحتار عن القنية) ثم انه يشترط لصحة بيع التعاطي ان لا يكون مبنياً على بيع فاسد او باطل ، والا فلا يصح ، كما في الدر المختار عن البزازية والخلاصة ، واعتمده في البحر ومجمع الأنهر وغيرهما) قال في البحر : وقدمنا في الايجاب والقبول انهما بعد عقد فاسد لا ينعقد بها البيع قبل متاركة الفاسد ، ففي التعاطي بالأولى . وعبارة الخلاصة : اشترى رجل من وسائدي وسائد ووجوه الطنافس وهي غير منسوجة بعد ، ولم يضربا له اجلا ، لم يجز . فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم الى المشتري لا يصير هذا بيعاً بالتعاطي ، لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق ، وانه وقع باطلاً اه وعبارة البزازية: والتعاطي انما يكون بيعاً اذا لم يكن بناء على بيع فاسد او باطل سابق ، اما اذا كان بناء عليه فلا اه . (كذا في رد المحتار) ثم ذكر بعده ما يفيد ان اشتراط المتاركة هو ظاهر الرواية ، وان ما ذكره في النهاية والفتح مما يفهم منه عدم اشتراطها محمول على الرواية الأخرى ، فليراجع . وهذه المسئلة مفرعة على المادة (٥٢) كما في الأشباه ، لأنه لما بطل البيع الأول بطل ما في ضمنه من القبض اذا كان قبل المتاركة . والظاهر ان المتاركة ان يقولا تركنا العقد الأول . وهذه المسئلة كثيرة الوقوع بين التجار فإنهم يشترون الصايات قبل نسجها ثم اذا نسجها يسلمها للمشتري و يقبض الثمن .

﴿ ويسمى هذا بيع التعاطي ﴾

قيل ان حقيقة التعاطي وضع الثمن واخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ . وهو يفيد انه لا بد من الاعطاء من الجانبين ، لأنه من المعاطاة ، وهي مفاعلة (كذا فهم الطرسوسي كما في البحر) وعليه فلا يصح التعاطي الا من الجانبين . لكن نقل في الدر المختار عن القاموس ، وفي البحر عن الصحاح والمصباح ، ان التعاطي هو التناول . قال في البحر : وهو انما يقتضي الاعطاء من جانب والأخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي اه وعليه يصح التعاطي من جانب واحد كما يصح من الجانبين وهو الذي عليه مشى في التنوير ، قال : وهو الأصح ، وفي الملتقى : وهو الصحيح . ومثله في الدرر والهداية وفي الدر المختار عن الفيض، وبه يفتي . فلا جرم ان هذه المجلة مشت عليه كما يفهم من امثلتها الآتية .

☼ مثال ذلك ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ بايجاب وقبول او ان يعطي المشتري الثمن للبايع و يأخذ السلعة و يسكت البايع ☼

هذان المثالان لما اذا كان التعاطي من الجانبين ، اي ان البايع اعطى المبيع للمشتري والمشتري اعطى الثمن للبائع . غير ان المثال الاول فيه اعطاء البايع المبيع للمشتري بالفعل ، والمثال الثاني فيه الاعطاء المذكور بالقوة ، لأنه بسكوته عند اخذ المشتري للمبيع المفيد لرضائه بعد كأنه اعطاه اياه . ولإفادة انه لا فرق بين الاعطائين المذكورين ، ذكر المثالين . واشار المؤلف بقوله في المثال الاول « ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم » حيث لم يذكر اتفاقهما على الثمن قبل التعاطي ، مع قوله في المثال الثاني « او ان يعطي المشتري الثمن » حيث عرف الثمن بلام العهد المفيدة انه معهود بين البايع والمشتري ، الى انه لا يشترط بيان الثمن في بيع الخبز لأنه معلومٌ عادةً عند اهل البلدة ، ومثله اللحم ايضاً ، كما في البحر، ونصه : وهذا ، اي اشتراط اتفاق المتعاطيين قبل التعاطي على الثمن ، فيما ثمنه غير معلوم . اما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه الى بيان الثمن كما في البزاز به اه

☼ وكذا اذا جاء رجل الى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير وقال

بكم تبيع المد من هذه الحنطة فقال بدينار فسكت المشتري ثم طلب الحنطة منه فقال له البايع اعطيك اياها غداً ينعقد البيع ايضاً وان لم يجر بينهما الايجاب والقبول وفي هذه الصورة لو ترقى سعر مد الحنطة في الغد الى دينار ونصف يجبر البايع على اعطاء الحنطة بسعر المد بدينار و كذا بالعكس لو رخصت الحنطة وتدنت قيمتها فالمشتري مجبور على قبولها بالثمن الاول ✻

هذا المثال والمثال الآتي بعده لما اذا كان التعاطي من جانب واحد . غير ان هذا فيه اعطاء الثمن من جانب المشتري مع عدم قبضه المبيع ، والمثال الذي يأتي فيه اعطاء المبيع من جانب البايع مع قبضه الثمن ، وقد اشار بقوله « من هذه الحنطة » الى انه لا بد ان يكون المبيع موجوداً معلوماً ، غير ان المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه ، والا لا يصح البيع كما هو معلوم (طحطاوي) وافاد قوله « ودفع له خمسة دنانير » الى ان بيع التعاطي يجوز في النفيس كما يجوز في الخسيس ، وهو كذلك كما في التنوير والملتقى والهداية والغرر ، خلافاً لمن خصه في بيع الخسيس مثل الخبز ، كالكرخي . ثم ان هذا المثال منقول عن القنية ، قال في ردالمحتار نقلاً عنها : وفيه اربع مسائل احداها الانعقاد بالتعاطي ، الثانية الانعقاد به في الخسيس والنفيس ، وهو الصحيح ، الثالثة الانعقاد من جانب واحد ، الرابعة كما ينعقد باعطاء المبيع ينعقد باعطاء الثمن ، اه . قلت : وفيها مسئلة خامسة وهي انه ينعقد به ولو تأخرت معرفة الثمن لكونه دفع الثمن قبل معرفته ، بحر ، اه .

✻ و كذا لو قال المشتري للقصاب اقطع لي بخمسة غروش لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه اياه انعقد البيع وليس للمشتري الامتناع عن قبوله واخذه ✻

قوله « واعطاه اياه » ليس قيداً احترازياً لأنه لو قطع ولم يعطه اياه ليس للمشتري ان يمتنع عن اخذه . قال العيني في شرحه على الهداية : وفي اجناس

الناطفي : لو قال بكم تبيع قفيز حنطة ، فقال بدرهم ، فقال اعزله ، فعزله — وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت ، فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم ، او امتنع من دفع اللحم ، اجبره القاضي عليه اه واشار بقوله « من هذا الجانب » الى انه اذا لم يعين محل القطع بأن قال زن لي من هذا اللحم بكذا ، لا يكون بيعاً وللآمر ان يمتنع من اخذ اللحم قال في الخانية : رجل قال لقصاب زن لي من هذا اللحم بكذا درهماً ، ففعل — ذكر في النوادر عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، ان ذلك لا يكون بيعاً وكان للآمر ان يمتنع من اخذ اللحم ، ولو قال زن لي من موضع كذا من هذا اللحم بكذا درهماً ، فوزنه من ذلك الموضع ، لا يكون له ان لا يأخذ . وكذا لو دفع لقصاب درهماً وقال اعطني بهذا الدرهم وزنه وضعه في هذا الزنبيل حتى اجيء بعد ساعتين ، ففعل القصاب ذلك ، فأكلته الهرة ، قال يهلك على القصاب لأن الوكالة لم تصح لأنه لم يبيّن موضع اللحم ، فإن بيّن موضع اللحم فقال من الذراع او من الجنب ، فحينئذ يكون الهلاك على المشتري اه .

ويظهر لي ان هذا البيع المذكور في هذه الفقرة ليس من بيع التعاطي ، لأن بيع التعاطي ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن كما في عامة كتب المذهب ، وبه يصرح قول المجلة « التعاطي وضع الثمن واخذ المثمن الخ . وهذه المسئلة وما شاكلها مما نقلناه آنفاً ، الايجاب فيها موجود فإن قول المشتري اقطع وزن او كل او اعزله وما اشبهها دالة على الإيجاب اقتضاء ، كقول البائع خذه بكذا كما سبق في المادة (١٧٢) ومثله اركبه بكذا والبسه بكذا وكله بكذا ، كما تقدم نقله . والقبول فيها فعلي لأن القبول كما يكون بالقول يكون بالفعل كما قدمناه . والدليل على ما ذكرنا انه لم يوجد قبض من احد الجانبين في هذه المسائل كلها فكيف يصح ان يقال انها بيع بالتعاطي . واعجب من هذا ما قيل ان من صور بيع التعاطي ما لو طالب مديونه فبعث اليه شعيراً قدراً معلوماً وقال خذه بسعر البلد ، والسعر لهما معلوم ، كان بيعاً . وان لم يعلما ، فلا اه. مع ان المادة السابقة اعني (١٧٢) قد صرحت بأن قول البائع خذ هذا بكذا ايجاب لأنها تدل على الحال اقتضاء .

ومن بيع التعاطي تسليم المشتري ما اشتراه الى من يطلبه بالشفعة في موضع لا

شفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بالشراء الى الموكل بعد ان انكر التوكيل . ومنه حكماً ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف ، حل للمودع وطؤها وكان بيعاً بالتعاطي . وعن ابي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي ، فحلف الخياط انها هي ، وسعه اخذها . وينبغي تقييده بما اذا كانت العين للدافع . ومنه لو ردها بخيار عيب ، والبائع متيقن انها ليست له ، فأخذها رضي بها ، كما في الفتح . وعلى هذا فلا بد من الرضى في جارية الوديعة والبطانة اه (رد المحتار عن البحر)

تنبيهات

الأول : تنعقد الاقالة بالتعاطي ولو من احد الجانبين على الصحيح (بزازية) وكذا الاجارة كما في العادية . وكذا الصرف كما يدل عليه كلام الفتح حيث قال: عليه دراهم فقال لرب الدين اعطيك مالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعها يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً جاز اه . ويدل عليه ما في التتارخانية :اشترى عبداً بألف درهم على ان المشتري بالخيار ، واعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع ، فعلى قول ابي حنيفة الصرف جائز (نهر) قلت : واستُفيد منه ان اشتراط التقابض في الصرف مقيد بما اذا لم يكن احد البدلين ديناً وجب لأحدهما على الآخر قبل الصرف اه : (ابو السعود) وفيه : انه اذا كان احد البدلين ديناً فالتقابض موجود لأن ما في الذمة من الدين مقبوض قطعا فلا معنى لهذا الاستنباط وقوله « الصرف جائز » اي فيرد البائع الألف درهم لا المائة دينار هذا ما يتفرع على صحة التصرف ، فتدبر .

الثاني : قال في الدر المختار : ما يستجره الانسان من البياع كالعدس والملح والزيت ونحوها ، اذا حاسبه على اثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً اه . وخرجها في النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعاً بالتعاطي وانه لا يحتاج في مثله الى بيان الثمن لأنه معلوم اه .

ويشهد له ما في الولوالجية : دفع دراهم الى خباز فقال اشتريت منك مائة من من خبز وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة امناء . فالبيع فاسد وما اكل فهو

مكروهٌ لأنه اشترى خبزاً غير مشار اليه ، فكان المبيع مجهولاً . ولو اعطاه الدراهم وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة امناء ولم يقل في الابتداء اشتريت منك، يجوز ، وهذا حلال وان كان نيته وقت الدفع الشراء ، لأنه بمجرد النية لا ينعقد البيع ، وانما ينعقد البيع الآن بالتعاطي والان المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحاً اه وهذا اذا كان ثمن ما يستجره معلوماً لدى المتبايعين بأن بيناه قبل الاستجرار ، او كان معلوماً عند كل الناس كالخبز واللحم . واما اذا كان مجهولاً فلا يصح تخريجه على بيع التعاطي كما لا يخفى . نعم خرجه في الأشباه على انه مقبوض على سوم الشراء حيث قال في القول في ثمن المثل : ومنها لو اخذ من الأرز والعدس ونحوه وقد كان دفع له ديناراً مثلا لينفق عليه ، ثم اختصما بعد ذلك في قيمته ، هل تعتبر قيمته يوم الأخذ او يوم الخصومة ؟ — قال في التتمة : تعتبر يوم الأخذ قيل له لو لم يكن دفع له شيئاً بل كان يأخذ منه على ان يدفع له ثمن ما يجتمع عنده قال : يعتبر وقت الأخذ لأنه سومٌ حين ذكر الثمن اه هذا حاصل ما في رد المحتار.

الثالث ، قال في الهندية : رجلٌ اتى الى قصاب كل يوم بدرهم ، والقصاب يقطع له اللحم ويزنه ، وصاحب الدرهم يظن انه منٌ وثمن اللحم في البلد هكذا ، ثم وزن المشتري في البيت يوماً فوجد اللحم ثلاثين استاراً ، يرجع على القصاب بما يخص قدر النقصان من الدراهم ، ولا يرجع بقدر النقصان من اللحم اه — اي لأن الانعقاد بقدر المبيع المعطى (كذا في البحر) وفي الهندية ايضاً : وهذا اذا كان الرجل من اهل البلدة التي وقع فيها البيع ، اما اذا كان غريباً وقد اصطلح اهل البلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت ، فقال هذا الغريب لخباز او قصاب اعطني بهذا الدرهم خبزاً واعطني لحماً بدرهم، فأعطاه اقل مما شاع ولم يعلم المشتري بذلك ، ثم علم ، ففي الخبز له ان يرجع كما اذا كان من اهل هذه البلدة ، وفي اللحم ليس له ان يرجع لأن الاصطلاح والتسعير في الخبز متعارفٌ فظهر في حق الكل ، وفي اللحم من الغرائب فلا يظهر في حق غير اهل البلدة اه

ج-م

المادة ١٧٦ — ﴿ اذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن او تزبيده او تنقيصه يعتبر العقد الثاني ﴾

كذلك اذا تكرر الايجاب قبل القبول فإن القبول ينصرف الى الايجاب الثاني (بحر) قال في رد المحتار عن الذخيرة : قال لغيره بعتك هذا بألف درهم ثم قال بعتكه بمائة دينار ، فقال المشتري قبلت ، انصرف قبوله الى الايجاب الثاني ويكون بيعاً بمائة دينار . وهذا بخلاف العتق والطلاق على مال . فإن القبول فيهما ينصرف الى المالين اه والفرق مبيَّن هناك ، فليراجع . ثم ان المراد بتبديل الثمن تبديل جنسه كما لو باعه بدينار ثم باعه بمائة درهم — واحترز « بتبديل ثمن الخ » عما اذا تكرر العقد بدون تبديل الثمن او تزييده او تنقيصه ، فيعتبر العقد الاول والثاني لغو (طحطاوي) فليس للشفيع ان يتملك بشفعته بناء على العقد الثاني بعد ان بلغه العقد الاول واسقط شفعته فيه ، لأن الثاني لغو ، وهو ظاهر .

﴿ فلو تبايع رجلان مالا معلوماً بمائة غرش ثم بعد انعقاد البيع تبايعا ذلك المال بدينار او بمائة وعشرة او بتسعين غرشاً يعتبر العقد الثاني ﴾

المثال الاول لما اذا تكرر عقد البيع بتبديل جنس الثمن ، والثاني بتزييده ، والثالث بتنقيصه . لكن في كون المثال الأول فيه تبديل جنس الثمن وقفة لأن الغرش وان كان في الاصل اسماً لقطعة مضروبة من الفضة تقوّم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة في مصر نصفاً ، الا انه قد صار في زماننا اسماً لجزء معلوم الكم معدوم الكيف تقوم به انواع العملة المضروبة في زماننا . فالذهب المسمى بالليرة العثمانية تقوم بمائة واحد منه ، والريال المضروب من الفضة المسمى بالريال المجيدي يقوم بعشرين واحداً منه ، فيقال هذا بعشرين غرشاً وتلك بمائة غرش . وهكذا قد شاع هذا العرف عند جميع الناس في جميع بلاد الدولة العثمانية فاذا

اشترى احدٌ بمائة غرش مثلاً بقضي العرف والعادة بأن المشتري مخير في دفع ما يساوي المابة غرش من انواع العملة المضروبة ، ان شاء من جنس الذهب وان شاء من جنس الفضة المضروبين ، ولا يكاد احدٌ يفهم منه انه اراد مابة قطعة مضروبة من الفضة مساة بهذا الاسم . وتمام تحقيق ذلك في رسالة الفاضل ابن عابدين المسماة (تنبيه الرقود) وفي حاشية رد المحتار . فالبيع بواحد من الذهب المسمى بالليرة العثمانية المكنى به عن الدينار بعد البيع بمابة غرش من العملة المعبر عنها بالصاغ ليس فيها اختلاف الجنس ، لأن المابة غرش تتناول الذهب عرفاً كما تتناول غيره وليس فيه تزيد على الثمن الاول ولا تنقيص عنه ، فالظاهر انه لا يعتبر فيه العقد الثاني لأنه سدى لا فائدة فيه ، اللهم الا ان يقال ان المشتري كان مخيراً في البيع الأول بين ان يدفع ما يساوي المابة غرش من جنس الذهب او جنس الفضة المضروبين ، وفي البيع الثاني تعين عليه جنس الذهب فلم يقع البيع الثاني سدى ، فعدٌ هذا كاختلاف الجنس ، وليتأمل . وقوله « يعتبر العقد الثاني » اي و ينفسخ الأول ، كما في رد المحتار عن التتارخانية فالشفيع انما يتملك المبيع بالثمن الذي وقع عليه العقد الثاني لانفساخ الأول ، فلم يبق له حكم ، كما لو انفسخ البيع بخيار شرط او خيار عيب بقضاء . وهذا الظهور لا يتوقف فيه وان لم اره الآن — وهذا بخلاف ما اذا زاد المشتري للبايع في الثمن بدون تكرر العقد ، فإن الزيادة لا تظهر في حق الشفيع كما ذكروه صريحاً .

❋ فرعان ❋

اولهما : قال في رد المحتار : واختلفوا فيما اذا كان الثاني فاسداً هل يتضمن فسخ الأول ؟ — قال في النهر : ومقتضى النظر ان الاول لا ينفسخ اه لكن جزم في جامع الفصولين والبزازية بأنه ينفسخ ، وكذا قال في الذخيرة ان الثاني وان كان فاسداً فإنه يتضمن فسخ الاول ، كما لو اشترى قلب فضة وزنه عشرة بعشرة وتقابضا ، ثم اشتراه منه بتسعة . وعلله البزازي بأن الفاسد ملحق بالصحيح في كثير من الاحكام اه

الثاني : قال في الانقروية نقلا عن جواهر الفتاوي : ان البيع الاول ينفسخ بالعقد الثاني سواء كان بأكثر من الثمن الاول او بأقل ، حتى لو اقام البايع البينة

على انه باع داراً من فلان بألف في رمضان ، واقام المشتري البينة انه اشتراها في شوال بخمسمائة ، يقضي بالبيع الثاني (ذكره الناصحي) اه .

﴿ الفصـل الثـاني ﴾

« في بيان لزوم موافقة القبول للايجاب »

المادة ١٧٧ — ﴿ اذا اوجب احد العاقدين ببيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر ﴾

اي في المجلس ، لأن خيار القبول مقيد به (در مختار) حتى لو تكلم البايع مع انسان في حاجة له فإنه يبطل (بحر) انظر المادة (١٨٢) و (١٨٣)

﴿ على الوجه المطابق للايجاب ﴾

بأن يقبل كل المبيع بكل الثمن (تنوير) فلو لم يطابق القبول الايجاب بأن قبل في غير ما اوجبه او في بعضه ، او بغير ما اوجبه او ببعضه ، لا ينعقد البيع — الا فيما اذا كان الايجاب من المشتري فقبل البايع بأنقص من الثمن ، صح وكان حطاً ، او كان من البايع فقبل المشتري بأزيد ، صح وكان زيادة ان قبلها في المجلس لزمت (افاده في البحر ، انظر المادة الآتية)

﴿ وليس له تبعيض الثمن او المثمن وتفريقهما ﴾

فتبعيض الثمن بأن يقبل المشتري كل المبيع ببعض الثمن . وتبعيض الثمن بأن يقبل البايع بعض المبيع بكل الثمن . وتفريقهما بأن يقبل بعض المبيع ببعض الثمن ، سواء كان القابل بايعاً او مشترياً . فالمراد بتفريقهما توزيع احدهما على الآخر . اما عدم صحة البيع في الصورة الأخيرة وهي قبول البعض بالبعض ، فلأن فيه تفريق الصفقة على الموجب ، وأحد المتعاقدين لا يملك ذلك لأن فيه

ضرراً على الآخر بايعاً او مشتريا · واما في الصورتين الأوليين فلأنه اذا لم يجز اخذ البعض بالبعض فلأن لا يجوز اخذ الكل بالبعض اولى (كذا في الدرر ملخصاً) وهذا فيما اذا كانت الصفقة واحدة · اما اذا تعددت الصفقة فأخذ البعض بالبعض جائز كما سيجيء في المادة (١٨٠) قال في البحر: ولا بد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفرقها · وحاصل ما ذكروه ان الموجب اذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول احدهما، بايعاً كان الموجب ام مشترياً · وعلى عكسه لم يجز القبول في حصة احدهما · وان اتحدا لم يصح قبول المخاطب في البعض · فلم يصح تفريقها مطلقاً في الاحوال الثلاثة لاتحاد الصفقة في الكل · وكذا اذا اتحد العاقدان وتعدد المبيع، كأن يوجب في مثليين او قيميين او قيمي ومثلي، لم يجز تفريقهما بالقبول في احدهما، الا ان يرضى الموجب بذلك بعد قبوله في البعض و يكون المبيع فيه مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء، كعبد واحد او مكيل او موزون، فيكون القبول ايجاباً والرضى قبولاً، و يبطل الايجاب الاول · واما اذا كان المبيع مما لا ينقسم الثمن عليه الا بالقيمة كثوبين وعبدين، فلا يجوز · فلو بيّن ثمن كل واحد فلا يخلو: اما ان يكرر لفظ البيع، فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدهما يصح كقوله بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف، واما ان لا يكرره وفصل الثمن، فظاهر الهداية التعدد، و به قال بعضهم ومنعه آخرون، وهو قول الامام وهو استحسان، والاول قول الامامين اه (رد المحتار ملخصاً) فالبيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده، و بتفصيل الثمن عندهما (كذا في مجمع الأنهر) وعلى قول الامام مشت المجلة في المادتين (١٧٩) و (١٨٠)

❋ تنبيهات ❋

الأول: انما لا يجوز البيع وان رضي الآخر فيما اذا كان المبيع مما لا ينقسم الثمن عليه الا بالقيمة، كثوبين وعبدين، وجاز اذا رضي الآخر فيما اذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء، كعبد واحد وكموزون ومكيل، للزوم البيع بالحصة ابتداءً في الاول دون الثاني · والبيع بالحصة ان يقول بعت منك هذا العبد بحصة من الألف الموزعة على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر، فإنه باطل

م ـ ٢

لجهالة الثمن وقت البيع . ولا يلزم ذلك في الثاني لعدم جهالة الثمن وقت العقد ، لأن قيمة العبد اذا كانت الفاً تكون قيمة نصفه خمسمائة قطعاً ، لأن الثمن موزع عليه بالأجزاء . ومثله الموزون والمكيل . هذا ما يفهم من البحر والدر المختار وحواشيه . لكن هذا الفرق مسلم فيما اذا لم يبين المشتري في قبوله قيمة احد الثوبين او العبدين . فإن بينها ورضي البائع بعد ذلك ، فلا شك انه يصح ، لعدم ظهور العلة حينئذ . وسيأتي تحقيق ذلك في شرح المادة (١٧٩) وانما قيدنا عدم جواز البيع بالحصة بقولنا « ابتداء » لأن البيع بها انتهاء بأن عرض له ذلك يجوز ، كما اذا باعه الدار بتمامها فاستحق بعضها ورضي المشتري بالباقي ، فإنه يبقى البيع صحيحاً فيما بقي بحصته من الثمن ، لعروض البيع بالحصة انتهاء (كذا في رد المحتار ، انظر المادة ٥٥)

الثاني : ان الاجارة والقسمة كالبيع لا يجوز فيهما تفريق الصفقة حتى لو اجر عبده شهرين بكذا ، فقبل في احدهما ، لم يجز . وكذا لو قال قاسمتك هذا الرقيق الاربعة على هذين لي وهذين لك ، فقال الآخر سلمت لك هذا ولا اسلم لك هذا الآخر ، لم يجز (كذا في البحر)

الثالث : ان تفريق الصفقة على البائع لا يجوز الا في الشفعة ، كما لو باع عبداً وعقاراً فطلب الشفيع اخذ العقار وحده ، فله ذلك وان تفرقت الصفقة على البائع ، كما في الطحطاوي عن البحر .

الرابع : كما لا يجوز تفريق الصفقة في البيع ، كذلك لا تجوز في القبض كما في البحر (انظر المادتين ٢٧٨ و ٢٧٩) قال فيه : فلو تعدد المبيع ونقد بعض الثمن ، لم يجز ان يقبض بعض المبيع . وحكم الابراء عن البعض حكم الاستيفاء . وكذا لو اجل بعض ثمن المبيع دون البعض ، لم يكن له ان يقبض شيئاً من المبيع حتى ينقد المال . وكذا لو كان للمشتري على البائع دين اقل من الثمن فالتقيا قصاصاً بقدره ، لم يكن له ان يقبض شيئاً من المبيع حتى يأخذ الباقي ، كما في التتارخانية .

ويتفرع ايضاً ما لو حضر احد المشتريين وغاب الآخر ، فنقد الحاضر حصته ، لم يكن له قبض شيء من المبيع حتى ينقد الغائب او هو الجميع . وقام

لشر يكه حينئذ مقام البايع في حصة الغايب حتى يدفع له ما عليه · فإن هلك لمبيع قبل طلب الغائب ، هلك امانة · فاذا حضر الغايب رجع عليه · وان هلك بعد طلبه وحبسه للاستيفاء هلك بثمنه فلا رجوع على الغـابب · ولو ابرأ البايع احدهما عن حصته من الثمن او اخره ، لم يكن له ان يقبض حصته من المبيع حتى ينقد الآخر · واما اذا تعددت الصفقة في هذه المسايل ، انعكست الاحكام كذا في التتارخانية اه (بحر)

❊ فلو قال البايع للمشتري بعتك هذا الثوب بماية غرش مثلاً فاذا قبل المشتري البيع على الوجه المشروح اخذ الثوب جميعه بمايـة غرش وليس له ان يقبل جميعه او نصفه بخمسين غرشاً ❊

هذا المثال قد اتحد فيه العاقدان والمبيع · والذي يمنع منه القابل فيه ، امـا تبعيض الثمن فقط ، او تبعيض الثمن والثمن معاً · اما عدم صحة البيع فيما لو بعض الثمن والثمن ، يعني فيما لو قبل نصف الثوب بخمسين ، فلأنه لو صح البيع لأوجب تفريق الصفقة على البائع ، وهو لا يجوز كما تقدم · واما عدم الصحـة فيما لو بعض الثمن فقط ، يعني لو قبل الكل بنصف الثمن ، فلأنه اذا لم يجز اخـذ النصف بنصف الثمن ، فلأن لا يأخذ الكل بنصف الثمن اولى ، كما تقدم عن الدرر وهذا اذا لم يرض الموجب · فإن رضي الموجب في الصورتين ، صح البيع ، ويجعل قبول المشتري ايجاباً ورضي البائع بعده قبولاً ، لأن المبيع فيه مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء لأنه واحد ، فتفطن ·

وبقي من صور التبعيض ما اذا بعض القابل الثمن فقط دون الثمن ، وذلك فيما اذا كان الموجب هو المشتري ، فقال اشتريت منك هذا الثوب بمائة ، فقبـل البائع بيع نصف الثوب بكل الثمن ، والحكم فيه كالذي قبله من عدم الصحة كما في الهداية ، لما ذكرنا · وبهذا تم اقسام التبعيض المذكورة في متن هـذه المادة ، كما اشرنا اليه في الشرح · وكأنه لظهور عدم جواز البيع في هذا القسم ، لم تمثل له المجلة

❊ وكذا لو قال له بعتك هذين الفرسين بثلاثة الاف غرش

وقبل المشتري يأخذ الفرسين بالثلاثة الاف وليس له ان ياخذ احدهما بالف وخمسماية ☀

هذا المثال قد اتحد فيه العاقدان وتعدد المبيع . وقوله « ليس له ان ياخذ احدهما الخ » اي سواء رضي البايع او لم يرض . اما اذا لم يرض البايع فالأمر ظاهر ، لأنه يوجب تفريق الصفقة عليه بدون رضاه ، وهو لا يجوز . واما اذا رضي ، فلأنه حيث كان المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالقيمة لا بالاجزاء ، يكون بيعاً بالحصة ابتداء ، وهو لا يجوز لجهالة الثمن فيه ، فلم يمكن جعل هذا القبول ايجاباً ورضي البايع بعده قبولاً كما جاز في المسئلة السابقة ، لبطلان ذلك الايجاب فاحتيج الى ايجاب وقبول جديدين ، هذا على ما يقتضيه اطلاق صاحب البحر ، و يظهر من عبارة الدر المختار وحواشيه . واما على ما بحثناه آنفاً ، فالبيع صحيح اذا رضي البايع بعد قبول المشتري و يصح ان يكون قبول المشتري ايجاباً ورضي البايع قبولاً لعدم جهالة الثمن . فلم يكن من باب البيع بالحصة ابتداء ، وقد تقدم توضيح ذلك في المقولة الثالثة من شرح هذه المادة ، فلا تغفل .

بقي من امثلة عدم جواز البيع ، لعدم مطابقة القبول للايجاب المستلزم لتفرق الصفقة ، ما اذا اتحد الموجب وتعدد القابل . مثاله ان يقول البايع لمشترٍ بين بعتكما هذا بألف ، فقال احدهما اشتريت ، لا يجوز . لأنه لو تمّ البيع لتم بالنصف ، لأنه خاطبهما بالكل فكان مخاطباً كلاً بالنصف ، فتتفرق الصفقة . وكذا لو قال رجلٌ لمالكي عينٍ اشتريتُ منكما هذه بألف ، فباعه احدهما دون الآخر ، لا يجوز . لأنه لو تمّ البيع انما يتم في نصيبه ، فتتفرق الصفقة — وما اذا تعدد الموجب واتحد القابل ، كما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحداً فقالا بعناك واشترينا منك هذا بكذا ، فقبل هو في بعضه ، لا يجوز . (الكل من الفتح القدير) .

ج-٢

المادة ١٧٨ – ❊ تكفي موافقة القبول للايجاب ضمناً فلو قال البايع للمشتري بعتك هذا المال بالف غرش وقال المشتري اشتريته منك بالف وخمساية انعقد البيع على الالف الا انه لو قبل البايع هذه الزيادة في المجلس يلزم المشتري حينئذٍ ان يعطيه الخمساية قرش التي زادها ايضاً ❊

لأن قبول البايع الزيادة في المجلس دلّ على اتفاقهما على فسخ الايجاب الأول. وانهما اعتبرا قول المشتري اشتريت منك بألف وخمساية ايجاباً ، فتم العقد به وبقبول البايع بعده . ولهذا اشترط ان يكون قبول البايع الزيادة في المجلس . واما اذا لم يقبلها في المجلس، فقد تم العقد بإيجاب البايع وقبول المشتري لتوافقهما ضمناً. فإن الراضي بالألف وخمساية ، راضٍ بالألف بالأولى ، ولهذا لا يلزمه حينئذٍ الا الألف ، كما في الهندية والبحر .

❊ وكذا لو قال المشتري للبايع اشتريت منك هذا المال بألف غرش فقال البايع بعته منك بثمانماية غرش ينعقد البيع ويلزم تنزيل المايتين من الألف ❊

لأنها تحسب من البايع حطاً من الثمن، والحط من الثمن جائزٌ ولو بعد البيع.

المادة ١٧٩ – ❊ لو اوجب احد المتبايعين في اشياء متعددة بصفقةٍ واحدة سواء عين لكل منها ثمناً على حدة ام لا فللآخر ان يقبل ويأخذ جميع المبيع بكل الثمن وليس له ان يقبل ويأخذ ما شاء منها بالثمن الذي عين له لتفريق الصفقة ❊

الصفقة في الأصل ضربُ اليد على اليد، ثم جعلت عبارةً عن العقد نفسه (منح

الغفار) وقد علمت مما قدمناه في البحر في شرح المادة (١٧٧) ما يوجب اتحادها وما يوجب تفرقها . وها هنا ضابط ذكره في المنح ، يعلم منه كون الموجب اوجب بصفقة واحدة فلا يجوز للآخر تفريقها ، او بصفقتين فيجوز له ذلك . وحاصله ان العقد محتاج الى مبيع وثمن و بايع ومشتر ولفظ بيع وشراء ، فاما ان تكون جميعها متحدة كأن قال بايع واحد لمشتر واحد بعتك هذا الثوب بماية او تكون جميعها متعددة بأن قال بايعان لمشتريين بعناكما هذين الفرسين بعناكما هذه بألف وهذه بألف ، فالصفقة في الاول واحدة اتفاقاً وفي الثاني متعددة اتفاقاً — او تكون مختلفة يعني بعضها متحد و بعضها متعدد ، فالصفقة واحدة ايضاً في جميع صور الاختلاف ، الا فيما اذا تعدد لفظ البيع اذا كان الموجب هو البايع ، او لفظ الشراء اذا كان الموجب هو المشتري مع تعدد المبيع والثمن ، وهي الصورة الآتية في المادة (١٨٠) وهذا على قول الإمام الاعظم . وقبول العاقد بعض المبيع ببعض الثمن سواء كان القابل بايعاً او مشترياً ان كانت الصفقة متحدة لا يجوز ، لأنه يوجب تفريقها . وان كانت الصفقة متعددة يجوز و يتم بها بيع البعض بالبعض لأن الموجب راض بتفريقها . وانما لا يجوز تفريق الصفقة بلا رضى الموجب لأن فيه ضرراً عليه ، لأن المبيع اذا كان واحداً لزم ضرر عيب الشركة في المبيع للموجب بايعاً او مشترياً ، وان كان متعدداً فالعادة ضم الجيد الى الرديء وتنقيص ثمن الجيد لترويج الرديء . فإن كان الموجب هو البايع فالمشتري يختار شراء الجيد فيتضرر البايع ، وان كان الموجب هو المشتري فالبايع يختار بيع الرديء فيتضرر المشتري . هذا حاصل ما يفهم من شرح الهداية وشروح الملتقى والمنح والدر وغيرها .

✱ مثلاً لو قال البايع بعت هذين الفرسين بثلاثة الاف غرش هذا بألف وهذا بألفين او قال كل واحد منهما بألف وخمساية غرش فللمشتري ان يأخذ الفرسين بثلاثة الاف قرش وليس له ان يأخذ احدهما بالثمن الذي عين له وكذا لو قال البايع بعت هذه الأثواب الثلاثة كل واحدة بماية قرش وقال المشتري قبلت احدهما بمائة او

اثنين منها بمائتي قرش لا ينعقد البيع *

لكن لو رضي البايع بعد هذا وكان البعض الذي يريد المشتري اخذه معيناً ، يصح البيع ، ويصير هذا القبول ايجاباً ورضي المشتري بعده قبولاً . كما اذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، لا يقال قد طفحت كتب المذهب بأنه اذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة ، كما هنا ، لا يصح البيع وان رضي البايع بعده ، لأنا نقول ذاك فيما اذا لم يبين المشتري ولا البايع ثمن البعض الذي قبله المشتري ، وذلك بأن قال بعتك هذين الفرسين بألفين فقال المشتري قبلت احدهما وهو هذا ، وسكت ، او قال بحصته من الألفين ، بدليل انهم عللوا عدم الصحة وان رضي البايع بأنه يكون بيعاً بالحصة ابتداء وهو لا يجوز ، كما في الدر المختار . وصورة البيع بالحصة كما قدمناه في شرح المادة (١٧٧) ان يقول بعت منك هذا الفرس بحصته من الألف الموزعة على قيمته وقيمة ذلك الفرس الآخر فإنه باطل لجهالة الثمن وقت البيع ، كما في رد المحتار . وليس الأمر في امثلتنا من هذا القبيل فإن ثمن ذلك البعض الذي قبله المشتري مبينٌ معلوم للبائع والمشتري ، ومعلوم ان العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً . ثم رأيته في متن الغرر ، قال ما نصه : ويخير القابل في المجلس بين قبول الكل بالكل او الترك ، الا اذا كرر البايع لفظ « بعت » وفصّل الثمن ، او رضي بقوله اي قول المشتري « اشتريت » هذا بكذا اه فانظر كيف جعل مناط الصحة اذا رضي البايع بتفريق الصفقة ان يكون ثمن ذلك البعض الذي قبله المشتري مبيناً معلوماً ، ولم ينظر الى كون المبيع مما يتوزع عليه الثمن باعتبار الاجزاء او باعتبار القيمة . وقال في شرحه الدرر : قال القدوري : ان رضي البايع في المجلس بتفريق الصفقة يصح ، ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولاً ورضي البايع قبولاً . واعترض عليه بأنه انما يصح اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة من الثمن ، كالصور المذكورة ، وفي قفيز بن باعهما بعشرة ، لأن الثمن منقسمٌ عليهما بالأجزاء ، فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين ، فلم يصح العقد في احدهما وان رضي البايع ، لأنه يلزمه البيع بالحصة ابتداء ، وانه لا يجوز . اقول : منشوء الغفلة

عن مراد القدوري ، بان تسمية عبارة المشتري ايجاباً ورضي البايع قبولاً تدل على انه اعتبر في عبارة المشتري والبايع ذكر الثمن في مقابلة بعض المبيع ، فان مجرد قول المشتري «اشتريته» بلا ذكر الثمن لا يكون ايجاباً ولا قول البايع «رضيت» قبولاً لعدم صدق تعريف البيع عليه ، وهو مبادلة المال بالمال ، فظهر عدم لزوم البيع بالحصة ابتداء · ولهذا قلت : او رضي بقوله اشتريت هذا بكذا اه الى هنا عبارة الدرر ، وهي صريحة فيما ذكرناه · وفي الخانية ما نصه : ولو باع عبدين فقال بعتك هذين العبدين بألف درهم ، فقبل المشتري احدهما ، او قال للرجلين بعتكما هذا العبد بألف درهم ، فقبل احدهما ، لا يجوز الا ان يرضى به البايع في المجلس وحصته من الثمن معلومة ، فيجوز و يكون ذلك عقداً جديداً في الباقي اه وهذا ايضاً صريح فيما حررناه · والحاصل انه متى بين المشتري في قبوله ثمن البعض الذي قبله كان كما اذا كان المبيع فيه مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء ، وهذا اظهر من ان يخفى على من شم رائحة الفقه ·

المادة ١٨٠— ❋ لو ذكر احد المتبايعين اشياء متعددة و بين لكل واحد ثمناً على حدته وجعل لكل على الانفراد ايجاباً وقبل الآخر بعضها بالثمن المسمى له انعقد البيع فيما قبله فقط · مثلاً لو ذكر البائع اشياء متعددة و بيّن لكل منها ثمناً معيناً على حدة و كرر لفظ الايجاب لكل واحد منها على الانفراد كأن يقول بعت هذا بألفين فالمشتري حينئذ له ان يقبل ويأخذ ايها شاء بالثمن الذي عين له ❋

لأنه متى تعدد الايجاب مع تعدد المبيع والثمن تعددت الصفقة · فللمشتري ان يقبل اي الصفقتين شاء ، او ان يقبلهما معاً ·

❋ فروع ❋

ولو قال بعتك هذا بألف درهم و بعتك هذه بألف درهم فقال قبلت ، كان

قبولاً لهما جميعاً اذا وصل بين الكلامين بحرف العطف ، وهو الواو ، فقبول المشتري يكون قبولاً لهما جميعاً اهـ خانية ·

وفيها : رجل ساوم رجلاً بثوب فقال البايع ابيعه بخمسة عشر ، وقال المشتري لا آخذه الا بعشرة فذهب به ولم يقل البايع شيئاً ، فهو بخمسة عشر ان كان المبيع في يد المشتري حين ساومه · وان كان في يد البايع فأخذه منه المشتري ولم يمنعه البايع ، فهو بعشرة · ولو كان عند المشتري فقال المشتري لا آخذه الا بعشرة ، وقال البايع لا ابيعه الا بخمسة عشر فرده عليه المشتري ثم تناوله من يد البايع فدفعه البايع اليه ولم يقل شيئاً وذهب المشتري ، فهو بعشرة · ولو اخذ ثوباً من رجل فقال البايع هو بعشرين ، وقال المشتري لا ازيدك على عشرة فأخذ وذهب به وضاع عنده ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى هو بعشرين ولو اخذ ثوباً على المساومة فدفعه البايع وهو يساوم والبايع يقول هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البايع حتى يرده عليه المشتري اهـ ·

وفي المجتبي : اذا مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتيهما ينظر الى آخرهما كلاماً فيحكم بذلك (هندية عن البحر) ·

﴿ الفصل الثالث ﴾

« في حق مجلس البيع »

المادة ١٨١ — ﴿ مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع ﴾

لا بد من تقدير مضاف اي هو مكان الاجتماع ، ليصح الحمل كما لا يخفى · والمراد ان مجلس البيع هو مكان الاجتماع الذي فيه يعقد البيع · وكان يكفي ان يقال هو المكان الذي يعقد فيه البيع ، لكن زاد لفظ الاجتماع ليفيد انه لا بد من اجتماع العاقدين حقيقة او حكماً · وهذا معنى قول صاحب التنوير وشارحه العلائي : ولا

يتوقف شطر العقد فيه ، اي البيع ، على قبول غائب . فلو قال بعت فلانا الغائب ، فبلغه فقبل ، لم ينعقد اتفاقاً ام ثم ان اجتماع العاقدين حقيقة ظاهر . واما اجتماعهما حكماً ، فكما اذا وقع الايجاب بكتابة او رسالة . وصورة الكتابة كما في رد المحتار ان يكتب الموجب: « اما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك « اشتريت » تم البيع بينهما . وصورة الرسالة ان يرسل رسولا فيقول البايع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له ، فذهب الرسول فأخبره بما قال ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك اه فإن قرائة الكتاب واخبار الرسل بما قال المرسل ، بمنزلة الايجاب من الكاتب او المرسل . فاذا قبل المكتوبُ اليه او المرسلُ اليه في مجلس القرائة والإخبار ، فقد صدر الايجاب والقبول في مجلس واحد (طحطاوي ورد المحتار) وفيه قلت : و يكون بالكتابة من الجانبين ، فاذا كتب « اشتريت عبدك فلاناً بكذا » فكتب اليه البايع « قد بعت » فهذا بيع كما في التتارخانية اه وظاهر ما في الدر المختار من قوله « الا اذا كان بكتابة او رسالة فيعتبر مجلس بلوغها » انه اذا قرأ المكتوب اليه الكتاب او سمع المرسل اليه الرسالة ، فلم يقبل في مجلس قرائته وسماعه ، يبطل الايجاب . حتى لو قرأ الكتاب مرةً ثانية في مجلس آخر ، او سمع الرسالة من الرسول في مجلس آخر ، فقبل ، لا ينعقد البيع . لأن المعتبر مجلس بلوغه الكتابة والرسالة كما سمعت ، وهو الذي يعطيه ظاهر الهداية ايضاً ، وعبارتها هكذا .

والكتاب كالخطاب ، وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة اه لكن نقل في رد المحتار عن غاية البيان ما نصه : وقال شمس الأئمة السرخسي في كتاب النكاح من مبسوطه : كما ينعقد النكاح في الكتابة ، ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب ايضاً . وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه : الكتاب والخطاب سواء ، الا في فصل واحد ، وهو انه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ، ثم اجابت في مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح . وفي الكتاب اذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب ، يصح النكاح . لأن الغائب انما صار خاطباً لها

بالكتاب ، والكتاب باق في المجلس الثاني ، فصار بقاء الكتاب في مجلسه ، وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني ، بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر . فأما اذا كان حاضراً فإنما صار خاطبا لها بالكلام ، وما وجد من الكلام لا يبقى الى المجلس الثاني ، وانما سمع الشهود في المجلس الثاني احد شطري العقد اه — قال الفاضل بن عابدين : وظاهره ان البيع كذلك ، وهو خلاف ظاهر الهداية ، فتأمل اه قلت : لعل ما ذكر في المبسوط من التوجيه لصحة النكاح في الكتابة اذا قبلت في المجلس الثاني ، يشير الى الفرق بين النكاح وبين البيع . على انا لسنا من اهل القياس حتى نقيس مسألة البيع على مسألة النكاح ، فيبقى البيع على ظاهره من انه يعتبر فيه مجلس البلوغ كما تفيده اكثر عبارات الفقهاء ، الا ان يوجد نقل صريح في انه مثل النكاح ، فتدبره .

ومما يقع كثيراً بين تجار زماننا ان احدهم في بيروت مثلاً يرسل لعميله بضاعة و يبين له ثمنها و يكتب اليه « ان اعجبك او خلصك فقيده عليك بالثمن المشروح » فإن هذا ايجاب . فاذا قبل المكتوب اليه في مجلس قراءة الكتاب بأن قال قبلتُ ونحوه ، او فعل في مجلسه ذلك فعلاً يدل على الرضى ، كما اذا قطعه لو كان ثوباً ونحو ذلك ، انعقد البيع وتم وترتبت عليه جميع احكام البيع . واما اذا قرأ الكتاب فسكت ، ثم بعد يوم او يومين كتب الى البايع أنْ قبلتُ ونحوه ، فإنه حينئذ لا ينعقد البيع لاختلاف مجلس الإيجاب والقبول حقيقةً وحكماً ، فتبقى البضاعة على ملك صاحبها لبطلان البيع ، واذا ربح منها المكتوب اليه لا يطيب له ربحها بل عليه ردها لصاحبها ، وهكذا تترتب عليه احكام البيع الباطل ، والناس عنها غافلون .

المادة ١٨٢ = المتبايعان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس

المراد بالمجلس ما لا يوجد فيه ما يدل على الاعراض ، وان لا يشتغل بفوت له فيه وان لم يكن للاعراض (افاده في النهر) فإن وجد بطل ، ولو اتحد المكان (طحطاوي) ولذا قال في البحر : حتى لو تكلم البايع مع انسان في حاجة له يبطل اه

ثم ان هذا الخيار يسمى خيار القبول وهو ثابت لكل من المتبايعين ، فالموجب له ان يرجع عن ايجابه قبل القبول ، والآخر مخير بين القبول وعدمه . وهو لا يورث . فلو مات احد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول ، بطل الايجاب (بحر وهندية)

❋ مثلاً لو اوجب احد المتبايعين في مجلس البيع بأن قال بعت هذا المال ولم يقل الآخر على الفور اشتريت او بعت بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينعقد البيع وان طالت تلك المدة ❋

وانما يمتد خيار القبول الى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات ، فاعتبرت ساعاته ساعةً واحدةً دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر (هداية) قال شارحها العيني : اي لأجل دفع العسر عن البايع والمشتري جميعاً ، اما عن المشتري فلأن في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسراً له ، واما عن البايع فلأن في ابقائه فيما وراء المجلس عسراً له ، وفي التوقف على المجلس يسرٌ لهما جميعاً اه .

المادة ١٨٣ -- ❋ لو صدر من احد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول قول او فعل يدل على الاعراض ❋

ومثله ما اذا اشتغل بمفوت للمجلس وان لم يكن فيه اعراض ، كما قدمناه عن النهر في شرح المادة السابقة ، كما لو تكلم البايع مع انسان في حاجة له

❋ بطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك . مثلاً لو قال احد المتبايعين بعت او اشتريت واشتغل الآخر قبل القبول بأمرٍ آخر او بكلامٍ اجنبي لا تعلق له بعقد البيع بطل الايجاب ولا عبرة بالقول الواقع بعده ولو قبل انفضاض المجلس ❋

اي تفرق العاقدين عن مكانهما ، والا فمجلس البيع بمجرد اشتغال الآخر بأمر آخر قد انفض وتفرق كما تقدم . وقوله « واشتغل الآخر قبل القبول الخ »

مثله ما اذا اشتغل نفس الموجب قبل القبول بأمر آخر . والى ذلك يشير اول المادة كما لا يخفى ، ويشهد له ما في الفتح القدير : ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل ، حتى قام البائع في حاجة له ، بطل اه . وفي البزازية : قال بعتُ ، فقام المشتري ثم قبل ، او قبل بعد قيام البايع ، وكان البايع خارج الدار والمشتري فيها فقبل بعد ما خرج ، لا يصح اه . ومثله في السراجية والحاصل كما في فتح القدير ان للآخر ان يقبل ما دام المجلس قائماً . فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد . واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ، ونحوُه ما لو قام احدهما فلم يذهب ، فظاهر الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك ، واليه ذهب قاضي خان حيث قال : فإن قام احدهما بطل ، يعني الايجاب ، لأن القيام دليل الاعراض قلت : وعليه مشى في الدر المختار والدر المنتقى ، وقال انه الراجح . ومثله في النهر وغيره . وانظر ما اذا وجد ما يدل على الاعراض قولاً وفعلاً مع قبول المشتري بأن خرجا معاً ، والظاهر انه يترجح الاعراض فلا يصح القبول ، كما اذا خرج الرجوع الصريح والقبول معاً ، كما سنذكره في المادة (١٨٤)

ومن اختلاف المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ، ولو كانا على دابة واحدة ، فأجاب الآخر ، لا يصح في ظاهر الرواية . واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلاً جاز . قلت : وعلى هذا اقتصر في السراجية : وفي الخلاصة عن النوازل : اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او خطوتين جاز ، ولا شك انهما اذا كانا يمشيان مشياً متصلاً لا يقع الإيجاب الا في مكان آخر بلا شبهة . ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها واجاب ، صح وكذا لو كان في نافلة فضم الى ركعة اخرى ثم قبل ، بخلاف ما لو اكملها اربعاً — في يده كوز ، فشرب ثم اجاب ، جاز . وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس ، الا اذا اشتغل بالأكل . ولو ناما جالسين لا يختلف . ولو مضطجعين ، او احدهما ، فهي فرقة . والسفينة كالبيت . فلو عقدا وهي تجري فأجاب الآخر ، لا ينقطع المجلس بجريانها ، لأنهما لا يملكان ابقانها (فتح) وفي الدار المنتقى : لو تبايعا وهما يمشيان بلا سكتة بين الكلامين ، انعقد البيع ، وقيل ما لم يفترقا بالابدان ، والاول اصح (اختيار) اه . وفي مجمع الانهر : وان كان احدهما قائماً فقعد ثم قبل

فإنه يصح لأنه بالقعود لم يكن معرضاً اه · وفي البزازية : بعتُ من فلان فحضر في المجلس وقبل ،صح اه وفيها : والبعد بين المتبايعين ان كان بحال يوجب التباس ما يقول كلٌ منهما يمنع ، والا فلا اه وفي التتارخانية عن الغياثية : ولا يجوز ان يناديه من بعيد او من وراء جدار اه · وفي الهندية : رجل في البيت فقال للذي في السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت ، صح اذا كان كل واحدٍ منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد ، كذا في القنية ·

المادة ١٨٤ — ❊ لو رجع احد المتبايعين عن البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع مثلاً لو قال البايع بعت هذا المتاع بكذا وقبل ان يقول المشتري قبلت رجع البايع ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع ❊

هذا تصريحٌ بما فهم من المادة (١٨٣) بالأولى لأنه اذا بطل الإيجاب بما يدل على الأعراض ، فلأن يبطل بصريح الرجوع اولى · وكذا يبطل الإيجاب ايضاً لو خرج قبول المشتري ورجوع البايع معاً ، كما في الخانية ، ومثله في التتارخانية · وانما يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب اذا سمعه الآخر · اما اذا قال البايع مثلاً رجعت ، ولم يسمع المشتري رجوع البايع وقال اشتريت ، ينعقد البيع كما في الخلاصة والتتارخانية — وهذا بخلاف ما اذا رجع الكاتب او المراسل عن الايجاب الذي كتبه او ارسله قبل بلوغ الآخر او قبوله ، فإن رجوعه يصح سواء علم الآخر او لم يعلم · حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم ، كما في فتح القدير · والفرق بين المسئلتين ظاهرٌ لمن تدبر · وكذلك يصح رجوع المراسل وان لم يعلم الرسول ، حتى لو بلّغ الرسول الرسالة بعد رجوعه ، وهو لا يعلم ، وقبل المرسل اليه ، لا ينعقد · وهذا بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل ، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ ، كما في فتح القدير وغيره ·

ج - ٢

المادة ١٨٥ - ﴿ تكرار الايجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني فلو قال البايع للمشتري بعتك هذا الشيء بماية قرش ثم بعد هذا الايجاب قبل ان يقول المشتري قبلت رجع فقال بعتك اياه بماية وعشرين قرشاً وقبل المشتري يلغو الايجاب الاول وينعقد البيع على مائة وعشرين قرشاً ﴾

اما لو قال «قبلت البيع الأول بماية» فإنه لا يصح ، لأن الإيجاب الأول قد رجع عنه البايع . ولو قال قبلت البيعين جميعاً بمايتين وعشرين قرشاً ، فهو كقوله قبلت الآخر بمايتين وعشرين قرشاً . يعني يكون البيع بماية وعشرين قرشاً والماية الزائدة ، ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها ، كما في الفتح . وكذا لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم ، ثم قال بعتكه بماية دينار ، فقال المشتري قبلت ، كان البيع بالثمن الثاني (هندية عن فتاوي قاضي خان) .

﴿ الفصل الرابع ﴾

« في حق البيع بشرط »

المادة ١٨٦ - ﴿ البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر ﴾

معنى كون الشرط يقتضية العقد انه يجب بالعقد من غير شرط (رد المحتار) وحاصل ما ذكره الفقهاء في البيع مع الشرط ان الشرط الذي يقترن به البيع اما ان يقتضيه العقد ، واما ان لا يقتضيه العقد لكن يلايمه ، واما ان لا يقتضيه العقد ولا يلايمه لكن قد جرى العرف باشتراطه ، واما ان لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا

جرى العرف باشتراطه ، لكن لا منفعة فيه لأحد ، فالبيع في هذه الوجوه الاربعة صحيح والشرط معتبر في الوجوه الثلاثة الأولى منها ، و يلغو في الوجه الرابع — واما ان لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا جرى العرف باشتراطه وفيه نفعٌ لأحد العاقدين او لغيرهما من اهل الاستحقاق ، فالبيع في هذه الصورة فاسد . قال في لنهر : وانما فسد البيع بهذا الشرط لأنهما اذا قصدا المقابلة بين المبيع والثمن فقد خلا الشرط عن العوض ، وقد وجب البيع بالشرط ، فكان الشرط زيادةً مستحقة بعقد المعاوضة خاليةً عن العوض ، فيكون ربا ، وكل عقد بشرط الربا يكون فاسداً اه وهذا كله في شرط لم يرد الشرع بجوازه كشرط الأجل في الثمن وفي الثمن في السلم . وشرط الخيار رخصةً وتيسيراً لأنه لما ورد الشرع به دل على انه من باب المصلحة دون المفسدة ، كذا في الفتح والعيني على الهداية . وقد ذكرت المجلة الوجوه الأربعة الأولى منها وهي التي يصح معها البيع في المواد الاربعة من هذا الفصل ، فأفهمت ان فيما عداها يكون الشرط مفسداً له ، لأن مفاهيم الكتب حجة . وهذا التفصيل اعني كون الشرط غير مفسد في الوجوه الأربعة ومفسداً في غيرها انما هو اذا كان الشرط معلقاً بكلمة « على » واما بكلمة « ان » فان البيع يفسد في جميع الوجوه الا فيما اذا قال « ان رضي ابي او فلان في ثلاثة ايام » فيكون خيار الشرط الذي ورد النص بجوازه ، كذا في البحر مع زيادة . قال فيه : والظاهر من كلامهم ان قوله بشرط كذا بمنزلة « على » لا بمنزلة « ان » اه . قال في رد المحتار ، بعد نقله : و يؤيده ما في القهستاني حيث قيد الشرط ان يكون حرف الباء او « على » دون « ان » اه وفيه ايضاً عن النهر ان محل الفساد فيما اذا علقه بعلى بدون « واو » اما لو زادها بأن قال بعتك هذا بكذا وعلى ان تقرضني كذا ، فالبيع جائزٌ ولا يكون شرطاً اه وفي الطحطاوي عن البحر أن محل الفساد بالشرط ايضاً اذا لم يخرجه مخرج الوعد كما اذا قال اشترِ حتى ابني لك الحوائط ، لم يفسد البيع . ولكن لو لم يبن البايع لا يجبر ويخيّر المشتري في الرد . ومحل الفساد ايضاً فيما اذا كان الشرط مقارناً للعقد ، اي مذكوراً في صلبه . فلو الحق الشرط الفاسد بالعقد ، قيل يلتحق عند الامام رضي الله عنه ، وقيل لا ، وهو الصحيح اه وقال الفاضل ابن عابدين في رد المحتار : واشار اي صاحب التنوير بقوله « ولا بيع بشرط » الى

٢—٥

انه لا بد من كونه مقارناً للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند ابي حنيفة ، وقيل لا ، وهو الأصح كما في الفصل (٣٩) من جامع الفصولين. ثم بعد ان ابد تصحيح قول الإمامين نقل عن جامع الفصولين ايضاً انه لو ذكر البيع بلا شرط ، ثم ذكر الشرط على وجه العدة ، جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد ، اذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس اه و يظهر لي انه متى وقع الشرط بعد العقد لا يكون الا على وجه العدة ، وحكمه انه يجب الوفاء به بمعنى انه ان لم يعرف به خير المشتري في الرد ، كما لو قال له البايع اشتر حتى ابني لك الحوائط ، كما نقلناه آنفاً عن الطحطاوي ، وهو صريح بأن الشرط اذا خرج مخرج الوعد لا يفسد البيع وإن كان في صلب العقد ، فما بالك اذا وقع بعده ؟ — وانت على علم بأن كلمتهم قد اتفقت ان الشرط انما يكون مفسداً للعقد اذا كان مقارناً له ، ولهذا قالوا انه لو باع مطلقاً ثم اجل الثمن الى اجل مجهول كالدياس والقطاف ، صح التأجيل ولا يفسد البيع مع انه في حكم الشرط الفاسد ، كما في رد المحتار .

بقي ما اذا ذكر الشرط قبل العقد ثم عقد خالياً عن الشرط ، وقد ذكره في الثامن عشر من جامع الفصولين حيث قال : شرطا شرطاً فاسداً قبل العقد ، ثم عقدا ، لم يبطل العقد ، و يبطل لو تقارن اه لكن قال الفاضل بن عابدين في رد المحتار : قلت : و ينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به في بيع الهزل كما سيأتي آخر البيوع اه — اقول : هذا بحث مصادم للمنقول كما علمت ، وقياسه على بيع الهزل قياس مع الفارق ، فإن الهزل كما في المنار هو ان يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما يصلح له اللفظ استعارة ، ونظيره بيع التلجئة ، وهو كما في الدر المختار ان يظهرا عقداً وهما لا يريدانه وهو ليس ببيع في الحقيقة ، فاذا اتفقا على بناء العقد عليه فقد اعترفا بأنهما لم يريدا انشاء بيع اصلاً ، واين هذا من مسئلتنا ؟ ومن راجع كلام هذا الفاضل قبيل كتاب الكفالة عند الكلام على بيع التلجئة من الدر المختار ، يظهر له الفرق بأجلى مما ذكرناه . وعلى كل حال فاتباع المنقول اسلم ، والله اعلم .

✻ كما لو باع بشرط ان يحبس المبيع الى ان يقبض الثمن فهذا الشرط لا يضر بالبيع بل هو بيان لمقتضى العقد ✻

فإن للبايع حبس المبيع الى ان يقبض الثمن ولو لم يشترط ذلك في العقد ، كما سيأتي في المادة (٢٧٨) وهذا كما لو باع زيتا على ان يزنه بظرفه و يطرح عنه وزن الظرف ، وعلى ان البايع يسلم المبيع بعد قبضه الثمن ، وعلى ان المشتري يدفع الثمن قبل ان يستلم المبيع ، فإن البيع في جميعها صحيح والشروط معتبرة لأنها من مقتضيات العقد . ولا تنس ما قدمناه آنفاً من انه لو علقت هذه الشروط بلفظة « ان » الشرطية يفسد البيع في جميعها ، كما لو قال بعتك ان سلمت الي الثمن ، وهكذا . وانظر ما اذا علق الشرط بإذا الشرطية ، والظاهر انها مثل إن ، لأنها تفيد وقوع الفعل في المستقبل مثل إن ، فصار البيع كأنه وقع بلفظ الاستقبال ، ولم اره الآن ، فليراجع .

المادة ١٨٧ - ﴿ البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط معتبر ﴾

اي وان كان لا يقتضيه العقد . وقوله « يؤيد العقد » اي يؤكد موجبه . وهذا معنى قولهم « يلايمه » على ما في البحر عن الذخيرة وفيه عن السراج الوهاج : معنى الملايم ان يكون راجعاً الى صفة الثمن او المبيع ، كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة اهـ ولعل المراد واحد فإن ما كان راجعاً الى صفة الثمن او المبيع يؤكد موجب العقد . يرشد الى هذا عبارة الفتح التي سيأتي نقلها في شرح الفقرة الاخيرة من هذه المادة .

﴿ مثلاً لو باع بشرط ان يرهن المشتري عند البايع شيئاً معلوماً ﴾

اي بالاشارة او التسمية . فلو لم يكن معلوماً بذلك لم يجز الا اذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه اليه قبل ان يتفرقا ، او يعجل الثمن و يبطلان الرهن . واذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر ، وانما يؤمر بدفعه فإن لم يدفعها خير البايع في الفسخ (رد المحتار عن البحر) وفي الهندية عن المنتقى : وان لم يكن الرهن معيناً ولكن كان مسمى ، ان كان عرضاً لم يجز ، وان كان مكيلاً وموزوناً موصوفاً فهو جائز اهـ .

﴿ او ان يكفل له بالثمن هذا الرجل ﴾

اشار بكون الكفيل مشاراً اليه الى انه لا بد ان يكون حاضراً في مجلس العقد ولا بد ايضاً ان يقبل الكفالة فيه . وكذا يصح البيع لو كان غايباً فحضر وقبلها قبل التفرق . فلو بعده اوكان حاضراً فلم يقبل لم يجز . واشتراط الحوالة كالكفالة (بحر) قلت : في الخانية : ولو باع على ان يحيل البايع رجلاً بالثمن على المشتري فسد البيع قياساً واستحسانا ، ولو باع على ان يحيل المشتري البايع على غيره بالثمن فسد قياساً وجاز استحسانا اه كذا في رد المحتار وفي الهندية . واذا اشترى شيئاً بشرط ان يكفل فلانٌ بالدرك فهو كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهناً او كفيلاً فإنه يصح اذا كان الكفيل حاضراً في مجلس العقد وكفل ، كذا في الصغرى اه .

﴿ صح البيع ويكون الشرط معتبراً حتى انه اذا لم يفِ المشتري بالشرط ﴾

اي بعد ان وجدت شروط الصحة بأن كان الرهن معلوماً بالاشارة او التسمية والكفيل حاضراً مجلس العقد وقبل الكفالة قبل التفرق ، والا فلا خيار لفساد البيع حينئذٍ كما علمت . والظاهر ان عدم الوفاء من المشتري لا يظهر في مسئلة الكفيل لأنه اذا كان حاضراً مجلس البيع وكفل ، صح البيع سواء كانت الكفالة بأمر المشتري ام لا . ولم ار احداً ذكر الامتناع الا في مسئلة الرهن ، تأمل . — وانظر ما اذا رضي البايع بلا كفيل بعد ما ابى الكفيل مثلاً هل يصح البيع ام لا ؟ — الظاهر انه يصح اذا رضي قبل التفرق ، كما اذا شرطا ان يرهنه بالثمن رهناً غير معلوم ثم تراضيا على تعيين الرهن في المجلس ودفعه المشتري اليه ، فإنه يصح كما في الهندية . وتقدم مثله عن البحر ، وكما لو شرطا اجلاً مجهولاً فقال المشتري ابطلت الأجل وعجل الثمن ، جاز و يجبر البايع على القبول ، كما في التتارخانية وغيره . تأمل وراجع .

﴿ فللبايع فسخ العقد ﴾

قال في الهندية : ولو شرط فيه رهناً معيناً ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر

عليه ، ولكن يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته او الثمن او يفسخ العقد ، كذا في محيط السرخسي . ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع ان يفسخ البيع ، هكذا في البدايع اه وفي التاتارخانية : وان مات العبد ، يعني المعين للرهن ، امر المشتري ان يدفع اليه رهناً يساوي قيمة العبد والثمن . وان كان العبد لم يمت فقال المشتري اعطيه رهناً آخر سوى العبد ، فللبايع ان لا يقبل منه وان اراد المشتري ان يعطيه قيمة العبد دراهم او دنانير فليس للبايع ان يمتنع منه اه

﴿ لأن هذا الشرط مؤيدٌ للتسليم الذي هو مقتضي العقد ﴾

لأنه يتضمن التوثق بالثمن ، فهو كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ، كذا في فتح القدير .

المادة ١٨٨ — ﴿ البيع بشرط متعارف يعني الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر ﴾

اي وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلايمه . وافادت هذه الجملة انه يعتبر العرف الخاص الحادث . قال في رد المحتار : ومقتضى هذا انه لو حدث عرفٌ في شرط غير الشرط في النعل والثوب والقبقاب ان يكون معتبراً اذا لم يؤد الى المنازعة . وانظر ما حررناه في رسالتنا المسماة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف وحاصل ما حققه في تلك الرسالة ان العرف الخاص معتبرٌ وان خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ما لم يخالف النص الشرعي يعني الكتاب والسنة والاجماع وان العرف الخاص يشمل القديم والحادث ، وان حكم العرف يثبت على اهله خاصاً او عاماً فالعرف العام في سائر البلاد يثبت حكمه على اهل سائر البلاد ، والعرف الخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على اهل تلك البلدة ، وانه انما يعتبر العرف سواء كان خاصاً او عاماً اذا كان شائعاً بين اهله مستفيضاً لديهم يعرفه جميعهم وساق الأدلة على جميع ذلك من نصوص المذهب متوناً وشروحاً وفتاوي ، شكر الله سعيه وجزاه خيرا . ومن هنا يعلم حكم ما تعورف في بلدتنا حمص وهو ان

ج - ٢

احد الفلاحين من جميع القرى يأتي بآلة حراثته الحديدية المسماة عندهم بالسكه لعند الحداد ، فيشتري منه رطل حديد مثلاً بضعفي قيمته على ان يحميه في النار ويمزجه في سكته التي اتى بها ، وهذا الشرط قد تعارفه الفلاحون جميعهم مع اهل تلك الصنعة حتى صار بينهم عرفاً مستفيضاً . فمقتضى هذه المادة مما حققه هذا الفاضل ان يكون بيع الحديد صحيحاً والشرط معتبراً . انظر المادة (٣٦)

﴿ مثلاً لو باع الفروة على ان يخيط بها الظهارة او القفل على ان يسمره في الباب او الثوب على ان يرقعه يصح البيع ويلزم على البايع الوفاء بهذه الشروط ﴾

تمثيل المجلة بهذه الأمثلة يدل على ما تقدم من اعتبار العرف الخاص الحادث، لأن كون هذه الشروط من الشروط التي جرى العرف بها لم يذكر في كتب الفقهاء ، فدل على ان التعارف بها حادث . ولأن التعارف بها ليس بعام في جميع البلاد فإن بيع الفروة على ان يخيط بها الظهارة او القفل على ان يسمره في الباب لم يتعارف عندنا اصلاً فدل انه خاص في بعض البلاد . ولا تنس ما قدمناه من ان العرف الخاص في بلدة يثبت حكمه على اهل تلك البلدة ، فمقتضى هذا ان بيع القفل بشرط ان يسمره البايع في الباب ، والفروة على ان يخيط بها الظهارة ، فاسد في بلدتنا لعدم جريان العرف به ، تأمل .

المادة ١٨٩ — ﴿ البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو . مثلاً بيع الحيوان على ان لا يبيعه المشتري لآخر او على شرط ان يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو ﴾

اي وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يجر العرف به . وقوله « ليس فيه نفع لاحد العاقدين » يفيد انه لو كان فيه نفع لأحدهما والحالة هذه يفسد البيع ، وهو المصرح به في المتون والشروح والفتاوي ، وسكت عنه لأنه مفهوم العبارة ،

وهو حجة . واما لو كان فيه نفع لغير العاقدين مبيعاً او غيره ، فإن لم يكن ذلك الغير من اهل الاستحقاق بان لم يكن آدمياً كبيع الدابة على ان لا يركبها البايع ، يصح البيع و يلغو الشرط اتفاقاً ، لأنه لا مطالب به . وان كان من اهل الاستحقاق كبيع الدار على ان يسكنها فلان الأجنبي شهراً ، او على ان يقرض البايع فلاناً الأجنبي كذا ، ففيه قولان في المذهب : جزم في الفتح تبعاً للقدوري والخلاصة انه يفسد البيع . وفي الذخيرة عن الصدر الشهيد ان البيع صحيح . وفي القهستاني عن الاختيار جواز البيع و بطلان الشرط . وفي المنح : واختار صاحب الوقاية تبعاً لصاحب الهداية عدم الفساد اه و به جزم في الخانية (رد المحتار ملخصاً) وقد ذكر في تنقيح الحامدية من كتاب الوقف ان قاضيخان من اجل من يعتمد على تصحيحاته ، لأنه فقيه النفس . ثم ان المراد بنفع احد العاقدين ما شرط من احدهما على الآخر ، فلو على اجنبي لا يفسد البيع و يبطل الشرط ، لما في الفتح عن الولوالجية : بعتك الدار بألف على ان يقرضني فلانٌ الأجنبي عشرة دراهم ، فقبل المشتري ، لا يفسد البيع ، لأنه لا يلزم الأجنبي ولا خيار للبايع اه ملخصاً . وفي البحر عن المنتقى : قال محمد : كل شيء يشترطه المشتري على البايع يفسد به البيع ، فاذا شرطه على اجنبي فهو باطل ، كما اذا اشترى دابةً على ان يهبه فلانٌ الأجنبي كذا . وكل شيء يشترطه على البايع لا يفسد به المبيع فاذا شرطه على اجنبي فهو ، اي البيع ، جائز وهو بالخيار ، كما اذا اشترى على ان يحط عنه فلان الأجنبي كذا ، جاز البيع ، فإن شاء اخذه بجميع الثمن او ترك اه (رد المحتار .)

بقي ما اذا كان الشرط فيه مضرة لأحدهما . قال في النهر : كأن كان ثوباً على ان يخرقه ، او جارية على ان لا يطأها ، او داراً على ان يهدمها ، فعند محمد البيع جائزٌ والشرط باطل . وقال ابو يوسف : البيع فاسد (كذا في الجوهرة) ومثل في البحر لما فية مضرة بما اذا اشترى على ان لا يبيعه ولا يهبه ، والبع في مثله جائزٌ عندهما خلافاً لأبي يوسف (رد المحتار) وظاهر اطلاق المجلة كالدر المختار اختيارُ قولهما كما لا يخفى .

فروع

لو باع ثوباً على ان لا يزيله عن ملكه ببيع او هبة او نحوه ، جاز البيع ويبطل الشرط .

رجلٌ باع لؤلؤةً على انها تزن مثقالاً ، فوجدها اكثر ، سلمت للمشتري لأن الوزن فيما يضره التبعيض وصف وهو بمنزلة الذرعان في الثوب ، تسلم الزيادة للمشتري كما لو باع ثوباً على انه عشرة اذرع ، فوجده اكثر . ولو باع شاةً على انها حامل فسد البيع ، لأن الولد زيادةٌ مرغوبةٌ وانها موهومةٌ لا يدري وجودها فلا يجوز . ولو اشترى شاةً او بقرةً على انها تحلب ، كذا فسد البيع . وان اشتراها على انها حلوب ، روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انه جايز ، وهكذا ذكر الطحاوي وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى . ولو اشتري فرساً على انه هملاج جاز البيع لأن المملاج لا يصير غير هملاج ، فيجوز ، كما لو اشترى عبداً على انه خباز او كاتب .

رجلٌ باع شيئاً ، وقال بعت منك بكذا على ان احط من ثمنه كذا ، جاز البيع ولو قال على ان اهب لك من ثمنه كذا ، لا يجوز ، لأن الحط يلتحق بأصل العقد فيبقى العقد بما وراء المحطوط ، ولا كذلك الهبة . ولو قال بعت منك على ان حططت عنك كذا ، وعلى ان وهبت لك من الثمن كذا ، جاز البيع ، لأن الهبة قبل الوجوب حطٌ ، وفي الوجه الاول شرط الهبة بعد الوجوب .

باع فرساً على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ، فسد البيع ، لأنه شرط اجلاً مجهولاً — هذا اذا كان الثمن حالاً ، فإن باع بألف الى شهر على ان يؤدي الثمن اليه في بلد آخر ، جاز البيع بألف الى شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لأنه باع بألف الى اجل معلوم . وانما ذكر الايفاء في بلد آخر لتعيين مكان الايفاء ، وتعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح . وان كان شيئاً له حمل ومؤنة يصح تعيين مكان الايفاء ، ويجوز البيع ايضاً .

باع ارضاً على ان فيها كذا نخلة ، فوجدها المشتري ناقصة ، جاز البيع ويخير المشتري أن شاء اخذها بكل الثمن ، وان شاء ترك ، لان الشجر يدخل في بيع

الارض تبعاً فلا يكون له قسط من الثمن . وكذا لو باع داراً على ان فيها كذا وكذا بيتاً ، فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع و يخير المشتري على هذا الوجه .
ولو باع ارضاً على ان فيها كذا وكذا نخلة عليها ثمارها ، فباع الكل بثمارها ، وكان فيها نخلة غير مثمرة فسد البيع ، لأن الثمر له قسط من الثمن فإن كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم في البيع وصارت حصة الباقي مجهولة ، فيكون هذا ابتداء العقد في الباقي بثمن مجهول ، فيفسد البيع . كما لو باع شاة مذبوحة ، فإذا رجلها من الفخذ مقطوعة ، فسد البيع ، لأن الفخذ له قسط من الثمن فإذا لم تجب حصة الفخذ من الثمن صار ثمن الباقي مجهولاً فيفسد البيع .
باع ثوباً على انه مصبوغ بالعصفر ، فإذا هو ابيض ، جاز البيع ويخير المشتري كما لو باع داراً على ان فيها بناء فإذا لا بناء فيها ، جاز البيع ويخير المشتري — بخلاف ما لو اشترى ثوباً على انه ابيض فاذا هو مصبوغ بالعصفر ، كان فاسداً لأن الصبغ لم يدخل في البيع فلا يسلمه البايع مع الصبغ فيقعان في المنازعة فيفسد البيع . كما لو باع داراً على ان لا بناء فيها فإذا فيها بناء ، يفسد البيع لأنه يفضي الى المنازعة لما قلنا وكذلك لو باع ثوباً على انه مصبوغ بالعصفر ، فإذا هو مصبوغ بالزعفران ، فسد البيع
اذا اشترى كرباساً على ان سداه الف ، فإذا هو الف ومائة ، سلم الثوب للمشتري ، لأن هذا زيادة وصف بمنزلة زيادة الذرعان .
ولو اشترى على انه سداسي ، فإذا هو خماسي ، خير المشتري ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك ، لأن هذا اختلاف نوع لا اختلاف جنس ، فلا يفسد البيع ، وانما يخير ، لأنه وجد دون ما شرط . ولو اشترى ثوباً على انه وداري ، فإذا هو زندنيجي ، بطل البيع لأن الجنس مختلف فيبطل البيع . ولو باع ثوباً على انه خز فإذا هو لحمته خز وسداه قطن ، جاز البيع ، لأن السدى تبع اللحمة .
اشترى سويقاً على ان البايع لته بمن من السمن ، وتقابضا والمشتري ينظر اليه ، فظهر انه لته بنصف من ، جاز البيع ولا خيار للمشتري ، لأن هذا مما يعرف بالعيان ، فاذا عاينه انتفى الغرور . وهو كما لو اشترى صابوناً على انه متخذ من كذا جرة من الدهن ، ثم ظهر انه اتخذ من اقل من ذلك والمشتري كان ينظر الى الصابون وقت الشراء . وكذا لو اشترى قميصاً على انه اتخذ من عشرة اذرع

وهو ينظر اليه ، فإذا هو من نسمة ، جاز البيع ولا خيار للمشتري ، لما قلنا (الكل من فتاوي قاضي خان)

باع فرساً بشرط ان لا يرجع عليه بالثمن اذا استحقت ، فسد البيع .

باع ارضاً بشرط انه اذا استحق وقد غرس فيها المشتري او بنى يرجع على البايع بقيمة الحادث ، ايضاً فسد .

باع داراً على ان غلتها عشرون ، فإذا هي خمسة عشر : ان اراد الكون في الماضي ، لا يفسد . وإن اراد الأول ، اي باعتبار ما يؤول ، وجعل حصولها شرطاً ، فسد . وان اطلق ولم يرد معيناً منهما ، فسد ايضاً حملاً على الاستقبال .

بعتُ الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقاً منها الى الداخلة ، فسد . ولو قال الا طريقها الى الداخلة ، صح وله قدر عرض الباب ، اي عرض باب الدار الخارجة ، كما في الخلاصة .

باع او اشترى داراً على انه ان رضي الجيران اخذها : ان سمى الجيران ووقت ثلاثاً صح ، والا لا (بزازية)

وفيها : اشترى سمساً او حنطة على ان فيها كذا دهناً او دقيقاً ، فسد .

وفيها : اشترى قطيعاً على انه كذا ، فوجده اكثر او اقل ، او عدل زطي على انه خمسون ثوباً فوجده اقل او اكثر ، ان لم يسم ثمن كل واحد فسد في الوجهين وان سمى فسد لو زائدا ، وجاز بالخيار لو ناقصاً . وفي الفتاوي : اشترى عدلاً على انه كذا فوجده ازيد ، والبايع غايب ، يعزل الزائد ويستعمل الباقي ، لأنه ملكها .

وفيها : لو باع بالنقد بكذا ، وبالنسيئة بكذا ، والى شهر بكذا ، والى شهرين بكذا فسد اهـ .

ولو اشترى بذر الفيلق على انه مروزي ، والمشتري لا يعرف ذلك ، فلما خرج الدود ظهر انه غير مروزي ، وبين المروزي وغير المروزي تفاوت فاحش ، كان على البايع رد الثمن وعلى المشتري رد مثل ما قبض . وهو كما لو اشترى بذر البطيخ فزرعه فوجده بذر القثاء ، كان على البايع رد الثمن وعلى المشتري رد مثل ما قبض .

ولو باع داراً على ان يتخذها مسجداً للمسلمين ، فسد البيع ، وكذا لو باع على ان يتصدق به على الفقراء ، لأن المسجد يخرج عن ملكه الى الله تعالى . وكذا لو باع بشرط ان يجعلها سقاية او مقبرة للمسلمين فسد البيع (خانية) .

وفيها : باع سفل داره على ان يكون له حق قرار العلو عليه ، جاز (ذكره شمس الايمة السرخسي رحمه الله تعالى في القسمة) وكذا لو باع رجلٌ رقبة الطريق على ان يكون للبايع حق المرور فيه ، جاز .

وفي التتارخانية : رجلٌ له على رجل دينارٌ فاشترى منه ثوباً بدينار على ان لا يجعله قصاصاً بما عليه ، كان البيع فاسداً اه .

وفيها : وفي فتاوي ما وراء النهر سُئل عمن قال لآخر بعت منك هذه الجارية على انك ان بعتها بالربح فالربح بيننا نصفان ، قال : البيع فاسدٌ وان وطأها على هذا فلا عقر عليه .

ولو اشترى شيئاً على ان يبيعه من البايع ، فالشراء فاسد . ولو اشترى ثمراً على ان يجذه البايع فالشراء فاسد (خلاصة)

وفيها : لو اشترى عصفراً على ان يصبغ الثوب به ثم يعطي ثمنه ، او عبداً على ان يبيعه ويعطي الثمن ، فالبيع فاسد اه

وفيها : رجل اشترى ارضاً على ان خراجها على البايع ، البيع فاسد اه .

وفيها اشترى ارضاً على ان خراجها ثلاثة دراهم ، ثم ظهر انه اربعة ، او قال اربعة ثم ظهر انه ثلاثة ، البيع فاسدٌ لأنه باع بشرط ان يجب على المشتري خراج ارض اخرى منى ، وهذا اذا علم ذلك ، فإن لم يعلم فالبيع جائزٌ والمشتري بالخيار : ان شاء قبلها بخراجها كله ، وان شاء ترك اه .

ج — ٢

❊ الفصـل الخامس ❊

« في اقـالة البيع »

الاقالة رفع العقد وازالته . وحكمها انها بيعٌ مطلقاً ان وقعت بلفظ البيع ، وفسخٌ كذلك ان وقعت بلفظ المفاسخة والمتاركة او التراد ، كما في الدر المختار والفتح والبحر . واما اذا كانت بلفظ الاقالة ، ففسخ في حق المتعاقدين مطلقاً ، اي قبل القبض وبعده . فلو تعذر جعلها فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد القبض ، او هلك المبيع ، تبطل الاقالة و يبقى المبيع على حاله . و بيع جديد في حق ثالث مطلقاً اذا كان المبيع عقاراً ، وبعد القبض اذا كان منقولاً . اما اذا كان منقولاً والاقالة قبل قبض المبيع فهو فسخٌ ايضاً في حق الثالث لعدم امكان اعتبارها بيعا ، لأن بيع المنقول قبل قبضه لا يصح ، هذا مذهب الإمام الاعظم رحمه الله تعالى وعليه مشت المتون ، وقال العلامة قاسم في تصحيحه أنه الصحيح ، ولهذا اقتصرنا عليه روماً لعدم التطويل . ثم ان كونه فسخاً في حق المتعاقدين قد خصه الإمام الزيلعي في شرح الكنز فيما هو من موجبات عقد البيع ، اي احكامه التي تثبت بنفس العقد من غير شرطه . اما فيما وجب بشرط زايد، فالإقالة فيه تعتبر بيعاً جديداً في حق المتعاقدين ايضاً ، كما اذا اشترى بدينه المؤجل عيناً قبل حلول الاجل ، ثم تقايلا ، صار الدين حالاً كأنه باعه منه ، ولو كان فسخاً لعاد الدين مؤجلاً — وكما اذا ادعاه رجلٌ بعد الاقالة ، وشهد المشتري بذلك ، لم تقبل ، كأنه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ، ولو كانت فسخاً لقبلت ، الا ترى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع آخرٌ وشهد المشتري بذلك ، تقبل شهادته اذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقياً من جهة المشتري ، لكونه

فسخاً من كل وجه . وكذا لو باع عبداً بطعام بغير عينه وقبض ، ثم تقايلا ، لا يتعين الطعام المقبوض للرد ، كأنه باعه من البايع بطعام غير معين . وكذا لو قبض اردى من الثمن الأول او اجود منه ، يجب رد مثل المشروط في البيع الأول كأنه باعه من البايع بمثل الثمن الأول . ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعاً ، لأنه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة اه (زيلعي بقليل اختصار ، وتبعه على ذلك اكثر الشراح كالبحر والنهر وغيرهما وذكره الغزي التمرتاشي في متنه تنوير الابصار) وفي الدر المختار عن الخانية : لو شرى بدينه المؤجل عيناً ثم تقايلا ، لم يعد الأجل فيصير دينه حالاً كأنه باعه . ولو رده بخيار بقضاء عاد الأجل ، لأنه فسخ . ولو كان به كفيل لم تعد الكفالة فيها اه ومثله في البحر والنهر . فأنت ترى ان عدم عود الكفالة في الاقالة لا لكونها بيعاً جديداً في حق العاقدين لما سمعت من انها لا تعود بعد الرد بخيار بقضاء مع انه فسخ من كل وجه ، على ان الكفيل ثالث بالنسبة الى المتبايعين فالأقالة في حقه بيع جديد قطعاً ، فافهم .

قال الامام الزيلعي : ثم فائدة كون الاقالة فسخاً في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسايل : احدها : انه يجب على البايع رد الثمن الأول وما سميا بخلافه يكون باطلاً . والثانية : ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، ولو كانت بيعاً في حقهما لفسدت . والثالثة : اذا تقايلا ولم يرد البايع المبيع حتى باعه من المشتري ثانياً ، جاز ، ولو كانت بيعاً لفسد لكونه باعه قبل القبض . ولو باعه من غير المشتري لم يجز لأنه بيع جديد في حق غيرهما . والرابعة : اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض ، جازت الهبة ، ولو كانت بيعاً لانفسخ لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض ، اي واذا انفسخ تبطل الهبة لأن الموهوب ملك الموهوب له والخامسة : لو كان المبيع مكيلاً او موزوناً وقد باعه منه بالكيل والوزن ، ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل والوزن ، جاز قبضه .

وتظهر فايدة كونها بيعاً جديداً في حق غير المتعاقدين في خمس مسايل : احدها : لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفيع الشفعة ، ثم تقايلا ، يقضي له بالشفعة لكونها بيعاً جديداً في حقه ، كأنه اشتراه منه ثانياً والثانية : اذا باع المشتري

المبيع من آخر ، ثم تقايلا ، ثم اطلع على عيب كان في يد البايع فأراد ان يرده على البايع ، ليس له ذاك لأنه بيع في حقه ، فكأنه اشتراه من المشتري . والثالثة : اذا اشترى شيئاً فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ، ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول ، جاز وكان في حق البايع الاول كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني . والرابعة : اذا كان المبيع موهوباً فباعه الموهوب له ، ثم تقايلا ، ليس للواهب ان يرجع في هبته لأن الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه ، يعني ان الموهوب له لما تقايل مع المشتري منه صار كالمشتري من المشترى منه فكأنه عاد اليه الموهوب بملك جديد وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته . والخامسة : اذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيباً فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده ، فإنه لا يسقط عنه الزكاة لأنه بيع جديد في حق الثالث ، وهو الفقير ، لأن الرد بالبيع بغير قضاء اقالة . الى هنا عبارة الزيلعي ، ومثله في البحر والنهر وغيرهما . زاد في مجمع الأنهر وجوب التقابض لو كان البيع السابق صرفاً . قال في الدر المختار : لأنه حق الله فالله ثالثهما . وزاد في الدر المختار عن النهر الإقالة بعد الإجارة والرهن ، فالمرتهن والمستأجر ثالثهما ، اي لو اشترى داراً فآجرها او رهنها ثم تقايل مع البايع ، ذكر في النهر اخذاً من قولهم انها بيع جديد في حق ثالث انها تتوقف على اجازة المرتهن او قبضه دينه ، وعلى اجازة المستأجر (رد المحتار) .

❊ تنبيه ❊

جعل في الدرر والدر المختار من جملة المسايل التي تتفرع على كون الاقالة فسخاً في حق المتعاقدين بطلان الاقالة بعد ولادة المبيعة ، ولم نتابعهما هنا لأن المقصد ذكر المسايل التي تتفرع على جعلها فسخاً في حق المتعاقدين بعد صحتها ، لا ذكر شروط صحتها ، ولهذا قدمنا في صدر هذه المقولة انه اذا تعذر جعل الاقالة فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد القبض او هلك المبيع ، تبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله ، فافهم .

ج ـ م

المادة ١٩٠ ✻ للعاقدين ان يتقايلا البيع برضاهما بعد انعقاده ✻

لأن العقد حقهما فيملكان رفعه ، دفعاً لحاجتهما التي لها شرع البيع وغيره (فتح) وقوله «للعاقدين» اي او ورثتهما او وصييهما ، فقد ذكر في البحر انه لا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين ، فتصح اقالة الوارث والوصي ، ولا تصح اقالة الموصى له ، كما في القنيه اه (رد المحتار) وشمل قوله «العاقدين» ما اذا كان احدهما وصياً او متولياً على وقف او صبياً مأذوناً ، لأن من ملك البيع ملك الاقالة غير ان هؤلاء انما تصح اقالتهم اذا باعوا او اشتروا بمثل القيمة ، اما اذا باعوا بأكثر من القيمة او اشتروا بأقل منها فلا تصح اقالتهم . قال في الأشباه : الأصل ان من ملك البيع ملك الاقالة ، الا في مسايل : اشترى الوصي من مديون الميت داراً بعشرين وقيمتها خمسون ، لم تصح الاقالة . اشترى المأذون غلاماً بألف وقيمته ثلاثة آلاف ، لم تصح . والمتولي على الوقف لو آجر الوقف ثم اقال ، ولا مصلحة ، لم تجز على الوقف اه . وفي جامع الفصولين : الوصي والمتولي لو باع شيئاً بأكثر من قيمته ثم اقال ، لم تجز اه — وانظر ما لو اشترى الوصي من مال اليتيم عقاراً لليتيم بمثل القيمة ، هل يشترط لصحة اقالته وجود المسوغ لبيع عقار اليتيم ، لأن الاقالة بيع جديد في حق ثالث ، وهو اليتيم ؟ لم اره ، وليراجع .

واستثنى في الدر المختار من هذا الأصل ايضاً الوكيل بالشراء ، فإنه لا يملك الاقالة ايضاً بدون اذن موكله كما سيأتي في المادة (١٤٩٣) . وفيه : ان الوكيل بالشراء ليس داخلاً في هذا الأصل لأنه ما ملك البيع ، وانما ملك الشراء ، فلا استثناء — الا ان يكون المراد ان من ملك البيع او الشراء ، تأمل . وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فان اقالته صحيحة سواء كانت قبل قبض الثمن او بعده ، كما حققه في رد المحتار واعتمدته هذه المجلة في المادة (١٥٠٥) الا انه يضمن الثمن لموكله ويكون المبيع له . واستظهر في رد المحتار ان اقالة الوصي والمتولي البيع لاسيما اذا باعا بأكثر من القيمة تصح عليهما ، ويضمنان الثمن للصغير . والوقف كالوكيل ،

لأن اقالتها بيعٌ جديد في حق ثالث ، وهو الصغير ، والوقف والشراء متى وجد نفاذاً لا يتوقف . وعلى هذا لم يبق من المستثنيات الا المأذون . لكن صريح عبارة الأشباه وجامع الفصولين ان اقالتها لا تصح ، فتأمل . وقوله « برضاهما » تصريحٌ بأنه يشترط لصحة الاقالة رضى المتعاقدين ، و به صرح في الدر المختار . قال محشيه الطحطاوي : وانما اشترط رضاهما لأن الكلام في دفع عقد لازم . واما رفع ما ليس بلازم ، فان له الخيار الفسخ بعلم صاحبه ، لا برضاه ، افاده المص اه واعترض بأن الاقالة تكون بعد عقد فاسد ، كما في الدر المختار . و يشير الى ذلك قوله « بعد انعقاده » فإنه يشمل البيع الفاسد ، لأنه بيع منعقد . وقد صرحوا ان الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضى الآخر ، واجيب ان رضى العاقدين شرطٌ لصحة الاقالة اذا كانت بلفظ الاقالة لتكون فسخاً في حق المتعاقدين ، بيعاً جديداً في حق غيرهما ، وان كان احدهما ينفرد بالفسخ المحض (افاده ابو السعود في حاشيته على مسكين) .

تتمة

يشترط ايضاً لصحة الاقالة بقاء المحل القابل للفسخ كما تشير اليه المادة (١٩٤) وسيأتي توضيح ذلك في شرحها ، وقبض بدلي الصرف في اقالة عقد الصرف كما تقدم ، وان لا يهب البايع الثمن للمشتري فيما اذا كان المشتري صبياً مأذوناً قبل قبض البايع الثمن منه ، كما في الدر المختار ، فلو وهبه لم تصح ، لأنها لو صحت الاقالة حينئذ لكان تبرعاً بالمبيع للبايع ، ولا يقدر على الرجوع عليه بالثمن ، لأنه لم يصل الى البايع منه شيء ، وهو ليس من اهل التبرع . اما بعد القبض فيرجع المأذون عليه بالثمن لوصوله ليده فلم يكن متبرعاً ، فصحت الاقالة ، ويرجع على البايع بعدها بقدر الموهوب له ، فيكون الواصل اليه قدر الثمن مرتين ، الموهوب وقدره . وقاس الحلبي على المأذون وصي اليتيم ومتولي الوقف نظراً للصغير والوقف ، فيجري فيهما حكمه (رد المختار عن الطحطاوي) .

ج - ٢

المادة ١٩١ - ❊ الاقالة كالبيع تكون بالايجاب والقبول مثلاً لو قال احد العاقدين اقلت البيع او فسخته وقال الآخر قبلت او قال احدهما للآخر اقلني البيع فقال الآخر قد فعلت صحت الاقالة وينفسخ البيع ❊

فيشترط فيها في الاقالة ما يشترط فيها في البيع من سماع كل من المتقابلين كلام الآخر ، وان لا يقرن الايجاب بما يبطله . و يشترط لصحة القبول حياة الموجب ، وهكذا الي آخر ما ذكرناه في شرح المادة (١٦٧)

وقوله « اقلت البيع او فسخته » لا فرق بين اللفظين الا من حيث انه اذا وقعت الاقالة بلفظ الاقالة يكون بيعاً جديداً في حق ثالث ، واذا وقعت بلفظ الفسخ تكون فسخاً في حق الجميع ، كما تقدم في شرح المادة السابقة - ومثل الفسخ المفاسخة والمتاركة والتراد ، كما في رد المحتار .

وقوله « او قال احدهما للآخر اقلني البيع الخ » اشار به الى اختيار مذهب ابي يوسف من ان الاقالة كما تصح بلفظين ماضيين تصح بلفظين، احدهما مستقبل كاقلني البيع ، وهو الذي اعتمده في الغرر والملتقى والتنوير ، خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى فقال انها كالبيع لا تنعقد الا بماضيين . وجه قول ابي يوسف ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله اقلني مساومةً بل كان تحقيقاً للتصرف و به فارقت البيع ، كما في شروح الهداية ، كذا في رد المحتار .

واستفيد من قوله « الاقالة كالبيع » ان القبول فيها كما يكون بالقول يكون بالفعل الدال على القبول كالبيع . فلو اوجب احد المتقابلين وصدر من الآخر فعل يدل على القبول ، تمت الاقالة ، كما لو اوجب المشتري فقبض البائع المبيع ، او كان المبيع طعاماً بيده فأكله ، او دابة في يده فركبها . وكذلك لو باع ثوباً وسلمه ثم قال للمشتري اقلت البيع فاقطعه لي قميصاً ، فان قطعه في المجلس فهو اقالة كما في

الذخيرة والحاوي (رد المحتار ملخصاً)

وقوله « و ينفسخ البيع » اي ويجب رد مثل الثمن الاول حالا سواء تقابلا على مثل الثمن الاول او سكتا عن بيانه وقت الاقالة او شرطا غير جنسه او اكثر منه او اقل ، او شرطا تأجيله ، فإن جميع ما شرطاه من خلاف الجنس او الزيادة او النقص او تأجيل الثمن يبطل ويجب بالاقالة رد الثمن الأول حالاً لا غير ، حتى لو دفع البايع اكثر من الثمن الأول كان له الرجوع بالزيادة ، وكذا لو دفع الأقل كان للمشتري ان يرجع عليه بما بقي من الثمن الأول الا اذا كان المبيع تعيّب عند المشترى قبل الاقالة فتصح حينئذٍ بأقل من الثمن الاول اذا كان النقصان بقدر العيب . واما لو كان ازيد او انقص فإنه ينقص بقدر العيب ويرجع بالباقي على ما استظهره في رد المحتار ، وفيه نظر . واستظهر ايضاً انه لو زال العيب بعد الاقالة يرجع المشتري على البايع بنقصان الثمن الذي اسقطه من الثمن الأول ، وهذا كله اذا كان الثمن غير مقبوض ، او كان مقبوضاً وهو عين المسمى اما لو كان ما قبضه البايع غير المسمى كما اذا كان الثمن عشرة دنانير فدفع اليه دراهم ، او كان الثمن دراهم معلومة فدفع اردى منها اواجيد ، او كان الثمن ذهباً فدفع عنه حنطة ، فحينئذٍ ينظر : ان كان الفسخ بلفظ الاقالة وجب رد المشروط يعني الثمن المسمى اولاً ولا عبرة للمقبوض ، لأن هذا ليس من مقتضيات العقد بل هو امر زايدٌ عنه ، فتكون الاقالة فيه بيعاً جديداً في حق المتعاقدين ايضاً . فكأن المشتري باعه بالثمن الأول ، فلا يجب الا هو . ولهذا قال الزيلعي كما قدمناه عنه في شرح قوله «الفصل الخامس الخ» انه لو قبض اردى من الثمن الأول اواجيد منه يجب رد مثل اه ونظيره ما نقله في رد المحتار عن الفتح : ولو كان الثمن عشرة دنانير فدفع اليه دراهم ثم تقايلا ، وقد رخصت الدنانير ، رجع بالدنانير لا بما دفع اه واما اذا كان الفسخ بلفظه او بلفظ المفاسخة او المتاركة او التراد ، فلا يجب الا رد المقبوض لأنها حينئذٍ تكون فسخاً محضاً ، كما اذا انفسخ بخيار رؤيةٍ او شرطٍ او بعيبٍ بقضاء فإنه يجب رد مثل المقبوض اجماعاً . قالوا : لأنه فسخٌ من كل وجه ، كما في المنح وغيره . وعلى هذا يحمل ما في معين المفتي لصاحب التنوير : اشترى كرما بالذهب ودفع مكانه حنطة ثم تفاسخا البيع له ان

بطلب الحنطة اه والحاصل انه في المفاسخة بكون المراد بالثمن الأول هو المقبوض وفي الاقالة بكون هو المسمى ، لأنها تكون بيعاً في حق المتعاقدين ، لما ذكرنا . يرشد الى ذلك قول صاحب الفتح « ثم تقابلا » وقول معين المفتي « تفاسخا » وبهذا ظهر ما في عبارة الفاضل ابن عابدين في رد المحتار من التدافع ووقوعه فيما اعترض به على الشارح ، فليراجع ، والله سبحانه الموفق .

المادة ١٩٢ — ﴿ الاقالة بالتعاطي القايم مقام الايجاب والقبول صحيحة ﴾

ولو كان التعاطي من احد الجانبين كالبيع هو الصحيح (بزازية . كذا في الدر المختار) وعبارة البزازية هكذا : قبض الطعام المشتري وسلم بعض الثمن ، ثم قال بعد ايام ان الثمن غال ، فرد البايع بعض الثمن المقبوض ، فمن قال البيع ينعقد بالتعاطي من احد الجانبين جعله اقالة ، وهو الصحيح اه ومثله في الخانية . كذا في رد المحتار بقليل اختصار . وحيث كانت الاقالة كالبيع فلا بد من مراجعة شرح المادة (١٧٥) .

المادة ١٩٣ — ﴿ يلزم اتحاد المجلس في الاقالة كالبيع . يعني انه يلزم ان يوجد القبول في مجلس الايجاب . واما اذا قال احد العاقدين اقلت البيع وقبل ان يقبل الآخر انفض المجلس او صدر من احدهما فعل او قول يدل على الاعراض ثم قبل الآخر لا يعتبر قبوله ولا يفيد شيئاً حينئذٍ . ﴾

« قوله يلزم اتحاد المجلس » اي حقيقةً كما مثل ، او حكماً ، كما اذا كان الإيجاب بكتابة او رسالة ، فإنه يعتبر قرائة الكتاب وتبليغ الرسالة ايجاباً ، فاذا قبل في مجلسها فقد اتحد مجلس الايجاب والقبول حكماً . يرشد الى هذا قوله

« كالبيع » .

وقد نقل في رد المحتار عن غاية البيان : وقال شمس الائمة السرخسي في كتاب النكاح من مبسوطه ، كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع و سائر التصرفات بالكتابه ايضاً .

وفي الهداية : والكتاب كالخطاب ، وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة واداء الرسالة اه .

وفي البزازية : وتجوز الاقالة بالرسالة فإذا فسخ قبل الاشتغال بعمل آخر ، يصح ولا يصدق على الفسخ الا بالبينة اه . قال الطحطاوي : ومما يتفرع على اشتراط اتحاد المجلس ما في القنية : جاء الدلال بالثمن الى البايع بعد ما باعه بالأمر المطلق ، فقال البايع لا ادفعه بهذا الثمن ، فأخبر به المشتري فقال انا لا اريده ايضاً ، لا ينفسخ لعدم اتحاد المجلس ، ولأن ما ذكر ليس من الفاظ الفسخ اه ومنه : اشترى حماراً ثم جاء ليرده فلم يجد البايع فأدخله في اصطبله فجاء البايع بالبيطار فبزعه ، فليس بفسخ لأن فعل البايع ، وان كان قبولاً ، ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس اه (رد المحتار) .

المادة ١٩٤ = ✻ يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري وقت الاقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الاقالة ✻

فهلاك المبيع يمنع صحتها ابتداء وبقاء حتى لو أبق المبيع من يد المشتري بعد الاقالة وعجز عن تسليمه بطلت ، وكذا لو هلك بعد الاقالة يعني قبل التسليم ، لأن الاقالة رفع البيع ، ورفع البيع يقتضي قيامه ، وقيامه بقيام البيع ، وهو قد هلك اه (ابو السعود على مسكين) وهذا اذا كان البيع عيناً بدين ، فلو كان عيناً بعين ، وهو المسمى بالمقايضة ، فلو هلك أحدهما تجوز الاقاله في الباقي لأن كلاً منهما مبيع وثمن ، فكان المبيع قائماً ، وعلى المشتري قيمة الهالك ان قيمياً ، ومثله ان مثلياً . وان هلكا بطلت . ومثله لو تقايلا بعد هلاك رأس مال السلم العرض ، فإنها تصح

ويضمن قيمة الهالك او مثله باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة ، لان المسلم فيه وان كان دينًا حقيقةً لكن له حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه (كذا في ابي السعود محشي مسكين) واما اذا كان دينًا بدين ، وهو الصرف فهلاك احد البدلين فيه او كليهما لا يمنع صحة الاقالة ، لأن المعقود عليه ما في ذمة كل من المتعاقدين ، كما في الدر المختار وحواشيه .

المادة ١٩٥ — ❊ لو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي . ❊

لأن هلاك بعضه يمنع الاقالة بقدره ، اعتباراً للجزء بالكل (در مختار) يعني ان هلاك الكل كما منع في الكل ، فهلاك البعض يمنع في البعض . وفيه اشارة الى انه لو قايله في بعض المبيع وقبله ، صح ، وبه صرح في الحاوي سايحاني (كذا في رد المحتار) وليس من هذا ما لو شرى صابونًا فجف ثم تقايلا ، لبقاء كل المبيع (در مختار عن الفتح) فتصح الاقالة وليس للبايع ان ينقص شيئًا من الثمن لجفافه (طحطاوي) .

❊ مثلاً لو باع ارضه التي ملكها مع الزرع وبعد ان حصد المشتري الزرع تقايلا البيع صحت الاقالة في حق الارض بقدر حصتها من الثمن المسمى ❊

المراد بحصاد المشتري الزرع ان يقطعه قبل ادراكه . اما اذا ادرك الزرع في يد المشتري فلا تجوز الاقالة ، كما في الدر المختار وغيره . قال في رد المحتار : لأن العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة (بحر عن القنية) اي والحنطة زيادة منفصلةٌ متولدة ، وهي مانعة من جواز الاقالة ، كما في جامع الفصولين اه أو ان المراد ان الزرع كان مدركًا قبل البيع ، فيكون الحنطة مقصودة في البيع او ان الزرع قد ادرك بعد البيع قبل ان يقبضه المشتري مع الارض ، لأن الحنطة

حيئنذ تكون زيادة منفصلة متولدة ، وهي قبل القبض لا تمنع صحة الاقالة ، كما في جامع الفصولين وغيره . والحاصل انه اذا اشترى ارضاً مزروعة مع زرعها ، ثم استهلك المشتري الزرع او هلك بنفسه او استهلكه اجنبي ، ثم تقابلا ، فإن كانت المقابلة قبل ادراك الزرع اي نضج الحنطة فيه ، فالاقالة في بعض المبيع — وهي الارض — بحصتها من الثمن صحيحة ، وان كانت بعد ادراك الزرع ، فإن كان ادراك الزرع قد حصل في يد البايع قبل القبض ، فالاقاله في الارض ايضاً صحيحة . وان كان حصل في يد المشتري بعد القبض ، فالاقالة لا تصح ، لما تقرر من ان الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع صحة الاقالة بعد القبض لا قبله . ولا منافاة بين هذه المادة وبين ما في الخلاصة ونصها : « باع كرماً وسلمه فأكل مشتر به نزله يعني ثمره سنة ثم تقابلا ، لم تصح . وكذا اذا هلكت الزيادة المتصلة او المنفصلة او استهلكها اجنبي » لأن عبارة الخلاصة وان كانت مطلقة الا انها مقيدة بما اذا كانت الزيادة المذكورة قد حصلت بعد القبض ، كما نقله في رد المحتار عن العلامة الرملي ، لأنها اي الزيادة بعد القبض تمنع صحة الاقالة لا قبله ، كما تقدم عن جامع الفصولين ، ومثله في كثير من المعتبرات . وبهذا التقييد ايضاً تندفع المنافاة بين عبارة الخلاصة المذكورة و بين ما في التتارخانية كما في رد المحتار ونصها : « لو اشترى ارضاً فيها نخل فأكل الثمر ثم تقابلا ، قالوا انها تصح الإقالة . ومعناه على قيمته الا ان يرضى البايع ان يأخذها كذلك »

ثم ان التقييد بالزرع اتفاقي . فلو كان مكان الزرع اشجار قد نص على بيعها مع الارض ، كما هو موضوع المسئلة ، وقد قطعها المشتري ثم تقابلا ، فإن الاقالة تصح في الارض بحصتها من الثمن كالإقالة بعد حصاد الزرع . وهذا بخلاف ما اذا لم ينص على بيعها بأن اشترى ارضاً مشجرة فدخلت الاشجار تبعاً ، فانه لو قطعها المشتري ثم تقابلا تصح الاقالة و يلزم جميع الثمن ولا شيء للبايع من ارش الشجر ، اي قيمته ، ان كان عالماً بقطع الشجر وقت الاقالة . وإن غير عالم خير بين الأخذ بجميع الثمن او الترك . وهذا على ما في التنوير وشرحه الدر المختار عن القنية . قال في حاشية رد المحتار : الفرق بين الشجر والزرع ان الشجر يدخل في بيع الارض تبعاً ، بخلاف الزرع ، كما في البحر . اي الزرع لا يدخل في بيع الارض

الا اذا نص عليه ، فيكون بعض المبيع ، فله حصة من الثمن ، بخلاف الشجر اء اي فإنه يدخل تبعاً بلا تنصيص . لكن لو نص عليه ايضاً كما هو العادة في بلادنا لكان مثل الزرع كما قررناه آنفاً . على انه قد ذكر في رد المحتار ان صاحب البحر بعد ما نقل ما تقدم عن القنية ، قال : ورقم ، اي صاحب القنية ، برقم آخر ان الاشجار لا تسلم للمشتري . وللبايع اخذ قيمتها منه ، لأنها موجودة وقت البيع . بخلاف الارش ، اي ارش يد العبد ، فإنه لم يدخل في البيع اصلاً لا قصداً ولا ضمناً اه قال الخير الرملي : وعليه فكل شيء موجود وقت البيع ، للبايع اخذ قيمته، دخل ضمناً او قصداً . وكل شيء لم يدخل اصلاً لا قصداً ولا ضمناً ، ليس للبائع اخذ قيمته . وينبغي ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه اه فعلى هذا لا فرق بين الزرع والشجر اصلاً .

﴿ تنبيه ﴾

قال في الهندية : ولو اشترى بقرة وتقابضا ثم تقايلا ، والبقرة بعد في يد المشتري يحلبها ويأكل لبنها ، فللبايع ان يطلب منه مثل اللبن . ولو هلكت في يد المشتري تبطل الاقالة ولا يسقط ضمان اللبن عن المشترى ، لظهور الاقالة في حق القائم دون الهالك اه ويجب ان يكون معناه ان حلب المشتري اللبن واكله كاين بعد الاقالة فقط ، لا قبلها وبعدها . والا كان مشكلاً لأن اللبن زيادة منفصلة متولدة ، وهي بعض القبض تمنع صحة الاقالة كما قدمناه مراراً ، فتأمل .

المادة ١٩٦ = ﴿ هلاك الثمن اي تلفه لا يكون مانعاً من صحة الاقالة ﴾

لأن الثمن ليس بمحل للعقد لكونه يثبت بالعقد فكان حكماً ، وهو يعقبه ، فلا يكون محلاً اه (طحطاوي عن البحر) وفي التتارخانية : ويجب ان يعلم ان من شرط صحة الاقالة قيام العقد ، لكون الاقالة رفعاً للعقد ، وقيام العقد بقيام المعقود عليه لا بقيام المعقود به وهو الثمن اه حتى لو كان العقد صرفا وقد هلك البدلان تصح

الاقالة ، لا ن كلا من بدليه ثمنٌ كما في الدر المختار ، وقدمناه . قال في حاشية رد المحتار عن النهر : لأن المعقود عليه الذي وجب لكل منهما بذمة صاحبه وهذا باق اه .

✻ فروع ✻

تصح اقالة الاقالة : فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها ، اي الاقالة ، ارتفعت وعاد البيع . الأ اقالة السلم فإنها لا تقبل الاقالة ، لكون المسلم فيه ديناً سقط ، والساقط لا يعود (كذا في الدر المختار) بخلاف الاقالة في البيع لأنه عين فامكن عوده الى ملك المشتري (بحر) — لو تقايلا بعد ما سلم المسلم اليه المسلم فيه ، ثم اختلفا في رأس المال ، تحالفا لأن المسلم فيه عينٌ قائمةٌ وليس بدين فالاقالة هنا تحتمل الفسخ قصداً (كذا في سلم البحر عن الذخيرة) وهذا صريح في ان اقالة الاقالة في السلم جائزة لو بعد قبض المسلم فيه ، فيجب تقييد استثناء اقالة السلم في عبارة الدر بما اذا كان قبل قبض المسلم فيه ، كما في رد المحتار .

قال البايع : لا آخذ الثمن فافسخ البيع ، فسكت وذهب ، كان فسخاً (بزازية)

لو جاء المشتري للبايع وقال انه قام علي بثمن غالٍ ، ورد عليه البايع ما قبض من الثمن ولكن لم يقبض ما باع ، لا تتم الاقالة (تتارخانية) اقول : هذا انما يتمشى على القول بأنه يشترط التعاطي من الجانبين ، وقد قدمنا عن الخانية في شرح المادة (١٩٢) أن الصحيح ان الاقاله تنعقد بالتعاطي من احد الجانبين ، فراجعه .

اشترى ابريسماً فأخذه ، ثم قال للبايع لا يصلح لعملي فخذه وادفع الي الثمن فأبى ، فقال تركت كذا من الثمن وادفع الي الباقي ، ففعل ، فهو اقالة وعلى البايع رد كل الثمن ، لا بيع مبتدء (انقروية) .

وفيها عن الخانية : رجل اشترى حماراً وقبضه ، ثم جاء بعد ايام ورده على البايع فلم يقبل البايع ، ورده وقال لا اقبل ، ثم استعمله بعد ذلك اياما ، ثم اراد ان يرده على المشتري ولا يرد الثمن ، كان له ذلك لأنه لما قال « لا اقبل » بطل رد المشتري واقالته ، فلا ينفسخ البيع بينهما باستعمال البايع ، لأن الاستعمال بعد ذلك وان كان دليلا على الرضى الا انه دون الصريح ، فلا يبطل به صريح الرد اه

قوم في السفينة وقد اشترى قومٌ من رجل منهم في السفينة امتعةً لخيف الغرق ووقع الاتفاق على القاء بعض الامتعة عن السفينة حتى تخف ، فقال بايع الامتعة من طرح منكم المتاع الذي اشترى مني فقد اقلته البيع ، فطرحوا ، صحت الاقالة استحساناً (هندية عن الخلاصة) .

وفيها : رجل اشترى عبداً ثم ادعى انه باعه من البايع بأقل مما اشتراه قبل نقد الثمن وفسد البيع ، وادعى البايع انه اقال البيع ، كان القول قول المشتري في انكار الاقالة مع يمينه . ولو كان البايع يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باع ، والمشتري يدعي الاقالة ، يحلف كل واحد منهما ، كذا في الظهيرية اه

وفيها : اشترى شيئاً له حملٌ ومؤنةٌ ونقله الى موضع آخر ثم تقايلا ، فمؤنة الرد على البايع اه .

وفيها : ولو باع بعد الاقالة من المشتري ، جاز . ولو باع من غيره ، لم يجز . ولو امال البايع البيع ، ثم اقال البايع بابعه الأول ، جاز . وكذا يبعه من بايعه تجوز ، كذا في محيط السرخسي اه .

رجلٌ اشترى لحماً او سمكاً او شيئاً يتسارع اليه الفساد ، فذهب المشتري الى بيته ليجيء بالثمن ، فطال مكثه وخاف البايع ان يفسد ، كان للبايع ان يبيعه من غيره استحسانا ، وللمشتري الثاني ان يشتري من البايع وان كان يعلم بذلك ، لأن البايع رضي بانفساخ البيع الأول ، والمشتري الاول كذلك ظاهراً . ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الثمن الأول ، كان عليه ان يتصدق بالزيادة . وان كان انقص ، فالنقصان يكون من مال البايع ولا يكون على المشتري الاول (خانية)

اشترى عبداً ولم يقبضه حتى قال للبايع بعه لنفسك ، فلو باعه جاز وانفسخ الاول . ولو قال بعه لي ، او بعه ممن شئت ، او بعه ولم يزد عليه ، لا يصح (بزازية)

وفيها : قال المشتري انه يخسر ، فقال البايع بعه فإن خسر فعلي ، فباع فخسر لا يلزمه شيء اه .

وفيها : لا يصح تعليق الاقالة بالشرط . فلو باع ثوراً من زيد ، فقال اشتريته رخيصاً ، فقال زيدٌ ان وجدت مشترياً بالزيادة فبعه منه ، فوجد فباع بأزيد ، لا ينعقد البيع الثاني لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط اه

رجلٌ اشترى من آخر طعاماً على انه كر ، وكاله البايع وقبضه المشتري ، ثم تقايلا البيع وكاله البايع فوجده ينقص قفيزاً او يزيد قفيزاً وتصادقا انه من نقصان الكيل او من زيادته ، فإن جميع الطعام مع الزيادة للبايع ، والاقالة جائزة بجميع الثمن . وكذلك اذا اصاب الطعام ماء فابتل وزاد ، او كان رطباً فيبس وانتقص ، وتصادقا ان زيادته ونقصانه من ذلك ، فالاقالة جائزةٌ والطعام كله للبايع بجميع الثمن ولا يحط عنه شيء بسبب النقصان . الا ان الماء ان كان افسد الطعام ولم يعلم به البايع حتى تقايلا ، كان للبايع الخيار : ان شاء اخذه فاعطاه كل الثمن ، وان شاء رد الاقالة ولا شيء عليه من الثمن (تتارخانية)

وفي البزازية : جاء بقبالة العقار المشتري ، فأخذها البايع وتصرف في العقار ، فإقالة .

وفي الخزانة : دفع القبالة الى البايع وقبضه ، ليس باقالة . وكذا لو تصرف البايع في المبيع بعد قبض القبالة وسكت المشتري ، لعدم تسليم المبيع وقبض الثمن اهـ .
— قلت : والقبالة بالفتح الصك الذي يكتب فيه الدين ونحوه ، والظاهر ان ما ذكره اولاً من كون ذلك اقالةً مبنيٌّ على ما هو الصحيح من الاكتفاء بالتعاطي من احد الجانبين ، وهو تصرفه في المبيع بعد قبض القبالة . وما ذكره عن الخزانة مبنيٌّ على انه لا بد بكونه من الجانبين ، بقرينة التعليل ، تأمل ، كذا في رد المحتار

ولو اشترى عبداً بنقرة او بمصوغ وتقابضا ، ثم هلك العبد في يد المشتري ، ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البايع ، صحت الاقالة ، لأن كل واحد منهما مبيعٌ لتعينه بالتعيين فكان معقودا عليه ، فينبغي البيع ببقاء احدهما ، وعلى البايع رد عين الفضة ، ويسترد من المشتري قيمة العبد ، لكن ذهباً لا فضة ، لأن الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته فضة والقيمة تختلف ، فتزداد او تنقص فيؤدي الى الربا . ولو كان العبد قائماً وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد ، فعلى البايع ان يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شاء ذهباً وان شاء فضة لأن الاقالة هنا وردت على عين العبد ثم وجبت القيمة على المشتري بدلاً للعبد ، ولا ربا بين العبد وقيمته . كذا في واقعات المفتين لقدري افندي عن شرح النقاية ، ومثله في الهندية مختصراً .

باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ ، واجاز الابن البيع ، ثم اقالت الام واجاز الأبن الاقالة ، ثم باعتها ثانياً بغير اجازته ، يجوز ولا يتوقف على اجازته ، لأن بالاقالة يعود المبيع الي ملك العاقد لا الى ملك الموكل والمجيز (كذا في الهندية) ومثله ايضاً في البحر عن القنية . اقول : ووجهه ان الام باجازة ابنها البيع الاول صارت وكيلة عنه فيه ، ثم صارت بالاقالة مشترية لنفسها ، فلذا نفذ بيعها الثاني بلا توقفه على اجازة ابنها . وقد نقل في رد المحتار عن كافي الحاكم الشهيد الذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية عن ائمتنا الثلاثة ما يفيد ان الوكيل البايع اذا اقال يكون مشترياً لنفسه ، ويلزمه المال للموكل مطلقاً قبل قبض الثمن وبعده . وبما ذكرناه من توجيه عبارة الهندية والقنية يظهر خطأ من فهم ان اقالة الام تتوقف على اجازة ابنها ، لأنها فضولية عنه ، فافهم .

تقايلا البيع في الثوب بعد ما قطعه المشتري وخاطه قميصاً ، او في الحديد بعد ما اتخذه سيفاً ، لا تصح الاقالة ، كمن اشترى غزلاً فنسجه او حنطة فطحنها . وهذا اذا تقايلا على ان يكون الثوب للبائع والخياطة للمشتري ، يعني يقال للمشتري افتق الخياطة وسلم الثوب ، لما فيه من ضرر المشتري . فلو رضي بكون الخياطة للبائع بان يسلم الثوب اليه ، كذلك نقول تصح (رد المحتار عن الحاوي) وفيه عن الخلاصة : ان ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة . وفي الخامس والعشرين من جامع الفصولين ان الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقاً كصبغ وبناء . والمنفصلة المتولدة كولد وثمر وارش وعقر تمنع الرد ، وكذا تمنع الفسخ بسائر اسباب الفسخ والمنفصلة التي لم تتولد ككسب وغلة لا تمنع الرد والفسخ بساير اسبابه . لكن ذكر في محل آخر منه ان الزيادة المنفصلة المتولدة انما تمنع من الفسخ لو بعد القبض لا قبله ومثله في البزازية والخلاصة والفتح وغيره .

(الباب الثاني)

م-٣-م

في بيان المسائل المتعلقة بالمبيع وينقسم الى اربعة فصول ·

الفصل الاول في حق شروط المبيع واوصافه

قد ذكر في البحر ان شرايط انعقاد البيع اربعة انواع : في العاقد ، وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي المعقود عليه · فشرايط العاقد اثنان : العقل والعدد ، فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ، ولا وكيل من الجانبين ، الا في الاب ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين · ولا يشترط فيه البلوغ ، فيصح بيع الصبي العاقل ، ولا النطق ولا الصحو · وشرط العقد اثنان : موافقة الإيجاب للقبول ، وكونه بلفظ الماضي · وشرط مكانه واحد : وهو اتحاد المجلس · وشرط المعقود عليه ستة · كونه موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه ، وكون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه ، وكونه مقدور لتسليم اه ملخصاً · فشروط الانعقاد في الثلاثة الاول ، اعني في العاقد وفي نفس العقد وفي مكانه ، قد ذكرت تصريحاً وتلويحاً في الباب الاول من هذه المجلة وسيذكر في هذا الباب بعض شروط الرابع ، اعني المعقود عليه · وسيأتي لهذه المسائل زيادة بيان في الباب السابع من كتاب البيوع ·

المادة ١٩٧ ❋ يلزم ان يكون المبيع موجوداً ❋

هذا احد شروط المعقود عليه الستة الآنفة الذكر ، وعليه تتفرع المادة (٢٠٥)

المـادة ١٩٨ - ❋ يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم ❋

هذا هو الشرط السادس من شروط المعقود عليه الستة ، وعليه تتفرع المادة

(٢٠٩) والمراد بمقدور التسليم ما مكن اخذه بلا حيلة .

المادة ١٩٩ - ✵ يلزم ان يكون المبيع مالاً متقوماً .

هذه المادة بينت الشرط الثاني والشرط الثالث من شروط المعقود عليه الستة المذكورة آنفاً . وعليهما تتفرع المادة (٢١٠) والمادة (٢١١) و بقي عليه من الشروط الستة المذكورة الشرط الرابع وهو كونه مملوكاً في نفسه ، فيبطل بيع ما ليس بمملوك في نفسه كالحرّ والمدبّر وام الولد والمكاتب ومعتق البعض والكلاء ولو في ارض مملوكة له (المادتين ١٢٤٩ و ١٢٥٢) والماء في نهر او بئر ، والصيد والحطب والحشيش قبل الاحراز (رد المحتار) وبقي ايضاً من الشروط الستة الشرط الخامس ، وهو كون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، فيبطل بيع ما ليس مملوكاً له اذا باعه لنفسه وان ملكه بعده ، الا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته . وسيذكر هذا في المادة (٣٦٥) وكأنه لم يذكره هنا لأن شرط كونه موجوداً يغني عنه كما سيأتي .

المادة ٢٠٠ = ✵ يشترط ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري ✵

هذا الشرط من شرايط الصحة لا من شرايط الانعقاد . وشرايط الصحة خمسة وعشرون شرطاً ، كما في البحر ، وسيأتي ذكرها وايضاحها في الباب السابع من كتاب البيوع وانما افرد هذا الشرط بالذكر هنا لكونه من متعلقات المبيع المعقود لاجلها هذا الباب . وعلى هذه المادة تفرعت المادة (٢١٣) قال في البحر : وانما اشترط ذلك لان التسلم والتسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة يعني الفاحشة مفضية الى المنازعة ، فيمتنع معها التسلم والتسليم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز اه . ولهذا اذا كان البيع لا يحتاج معه الى التسليم والتسلم فانه يصح بدون معرفة قدر المبيع ووصفه . وذلك كمن اقر ان في يده متاع فلان غصباً او وديعة ثم اشتراه ،

جاز وان لم يعرف مقداره ، كما في رد المحتار عن القنية . وقيد المعلومية كونها عند المشتري ، ليفيد ان جهل البايع معرفة المبيع لا تمنع صحة البيع ، كما في البزازية . وعلى هذا تفرع ما في القنية : لك في يدي ارض خربة لا تساوي شيئاً في موضع كذا فبعها مني بستة دراهم ، فقال بعتها ولم يعرفها البـايع ، وهي تساوي اكثر من ذلك ، جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول ، لأنه لما قال « لك في يدي ارض » صار كأنه قال « ارض كذا » وقال الخير الرملي : لم يذكر خيار الغبن للبايع ، ولا شك ان له ذلك على ما عليه الفتوى ، حيث كان الغبن فاحشاً للتغرير . وقد افتيت به في مثل ذلك مراراً وسيأتي في المادة (٣٢٢) التصريح بأن ليس للبايع خيـار الرؤية فيما لو باع رجل ما دخل في ملكه بالارث ، وكان لم يره .

المادة ٢٠١ = ❊ يصير المبيع معلوماً ببيان احواله وصفاته التي تميزه عن غيره ❊

هذه المادة مع المواد الثلاث التالية لما قد ذكرت بياناً وتوضيحاً للمراد من المادة (٢٠٠) والمراد ببيان احواله وصفاته ما ينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك بمـا يخصص المبيع عن انظاره ، وذلك بالاشارة اليه لو حاضراً في مجلس العقد ، والا فببيان مقداره لو من المقدرات ، كبعتك كر حنطة بلدية مثـلاً ، بشرط كونه في ملكه ، او بيان مكانه الخاص كبعتك ما في هذا البيت او ما في كمي ، او باضافته الى البايع كبعتك عبدي ولا عبد له غيره ، او ببيان حـدود ارض كما اشار الى ذلـك بقوله :

❊ مثلاً لو باعه كذا مداً من الحنطة الحورانية او باعه ارضاً مع بيان حدودها صار المبيع معلوماً وصح البيع ❊

لأن في كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن البيع وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية . فإن خيار الرؤية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الفاحشة المنافية للصحة . هـذا ما

حققه الفاضل بن عابدين في رد المحتار . واشار بقوله « مع بيان حدودها » الى ان معرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار . ففي رد المحتار عن البزازية : باعه ارضاً وذكر حدودها لا ذرعها طولاً وعرضاً ، جاز . وكذا ان لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشتري اذا لم يقع بينهما تجاحد اه .

المادة ٢٢٢ — ❋ اذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفي الاشارة الى عينه ❋

لأن الاشارة ابلغ اسباب التعريف ، وجهالة قدره ووصفه بعد ذلك لا يفضي الى المنازعة ، فلا يمنع الجواز (زيلعي) وهذا ما لم يكن ربوياً قوبل بجنسه وبيع مجازفة ، مثل بعتك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الصبرة منها . قال في البحر : فإنه لا يصح البيع لاحتمال الربا ، واحتماله مانع كحقيقته . وما لم يكن راس مال سلم لو مكيلاً او موزوناً ، خلافاً لهما . كما سيجيء في السلم اه (در) قال في رد المحتار : فلا تكفي الاشارة اليه كما تكفي في مذروع وحيوان لأنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال ، او قد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيباً فيرده ولا يستبدله رب السلم في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقي ، فوجب بيانه اه .

❋ مثلاً لو قال البايع للمشتري بعتك هذا الحيوان وقال المشتري اشتريته وهو يراه صح البيع ❋

قال في البحر : لأن المشار اليه مبيعاً كان او ثمناً لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه . فلو قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكورجة من الارز او الشاشات ، وهي مجهولة العدد ، بهذه الدراهم التي في يدك ، وهي مرئية له ، فقبل ، جاز ولزم ، لأن الباقي جهالة الوصف ، يعني القدر ، وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسلم والتسليم اه وسيأتي في شرح المادة (٢٠٨) ما اذا اجتمعت الاشارة مع التسمية

المادة ٢٠٣ = ﴿ يكفي كون المبيع معلوماً عند المشتري فلا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر ﴾

قال في الخلاصة : رجل قال لآخر بعتك جميع ما في هذه القريه من الدقيق والبر والثياب ، فهنا خمس مسائل ، احداهما هذه · الثانيـة الدار ، الثالثة البيت ، الرابعة الصندوق ، الخامسة الجوالق · وكل وجه على وجهين : اما ان علم المشتري بما في هذه المواضع او لم يعلم · ان علم جاز في الكل ، وان لم يعلم ، ففي القرية والدار لا يجوز ، وفي البواقي جائز اه وفي الخانية : اذا باع داراً ولم يبين حدودها، جاز اذا كان المشتري يعرف حدودها ، ولا يشترط معرفة جيرانها اه وفي الانقروية عن القنية : بعني ما في يدي بكذا ، فباعه ولم يعلم البايع به ، فاذا هو جوهر للبايع جاز اه وفي الخلاصة ، اول الفصل الثالث من البيوع : رجل قال لآخر : بعتك نصيبي من هذه الدار بكذا ، ان علم المشتري نصيبه ولم يعلم البايع، جاز بعد ان يقر البايع انه كما قال المشتري ، وان لم يعلم المشتري فعند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز ، علمه البايع اولا · ولو قبضها وباع صح كالبيع الفاسد في الاقضية اه وارجع ايضا الى ما كتبناه في المادة (٢٠٠) انظر الى هذه المادة مع وجازتها كم جمعت من مسائل ·

المادة ٢٠٤ = ﴿ المبيع يتعين بتعينه في العقد· مثلاً لو قال البايع بعتك هذه السلعة واشار الى سلعة موجودة في المجلس وقبل المشتري لزم على البايع تسليم تلك السلعة بعينها ﴾

حتى لو باع البايع المبيع من آخر يبقى على ملك المشتري الأول ، فله اخذه من الثاني لو قائماً ، وتضمينه لو هالكاً · والظاهر ان له اخذ القايم لو كان نقد الثمن لبايعه ، والا فلا ، الا باذنه ، تأمل (كذا في رد المحتار) وفيه عن البحر: لو رهن

البايع المبيع قبل قبضه او آجره او اودعه فات المبيع ، انفسخ بيعه ولا تضمين ، لأنه لو ضمنهم رجعوا على البايع . ولو اعاره او وهبه فمات ، او اودعه فاستعمله المودع فمات ، فان شاء المشتري امضى البيع وضمن هؤلاء ، وان شاء فسخه ، لأنه لو ضمنهم لم يرجعوا على البايع . ولو باعه البايع فمات عند المشتري الثاني فللاول فسخ البيع وله تضمين المشتري الثاني فيرجع بالثمن على البايع ان كان نقده اه وفي جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البايع من آخر بأكثر فأجازه المشتري لم يجز ، لأنه بيع ما لم يقبض اه

﴿ وليس له ان يعطي سلعة غيرها من جنسها ﴾

وهذا بخلاف الثمن اذا كان نقداً فإنه اذا اشترى بهذا الدرهم له دفع دراهم غيره (رد المحتار) وسيأتي ايضاح ذلك في الباب الثالث من كتاب البيوع من هذه المجلة .

﴿ الفصل الثاني ﴾

« فيما يجوز بيعه وما لا يجوز »

المادة ٢٠٥ ﴿ بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز اصلاً ﴾

اي لم ينفرك زهرها . وهذا اذا بيعت مقصودةً . اما اذا بيعت تبعاً للبارز ، وذلك فيما تتلاحق افراده ، فسيأتي في المادة (٢٠٧) ان بيعها صحيح . ومن بيع المعدوم على ما في الدر المختار بيع ما سيملكه قبل ملكه له ، الا بطريق السلم . ومنه بيع النتاج اي ما سينتج من الحيوان قبل حبله ، او ينتج من نتاجه . ومنه بيع المضامين وهو ما في ظهور الآباء كفحول الخيل والإبل والحمير ونحوها من المني . ومنه ما سيذكره في المادة (٢٠٨) ومنه بيع علوٍ سقط ، كما اذا كان السفل لرجل وعلوه ، لآخر فسقطا ، او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز لأنه بيع المعدوم . واما بيع حق التعلي فباطل ايضاً لانه ليس بمالٍ ، بل هو حق متعلق في الهواء ، وليس الهواء مالاً يباع ، والمبيع لا بد ان يكون احدهما — بخلاف

الشرب حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض . فلو باع العلو قبل سقوطه جاز ، فإن سقط قبل القبض ، بطل البيع لهلاك المبيع قبل قبضه . كذا في الفتح . ولو كان العلو لصاحب السفل فقال بعتك علو هذا السفل بكذا ، صح ويكون سطح السفل لصاحب السفل ، وللمشتري حق القرار . حتى لو انهدم العلو كان له ان يبني عليه آخر مثل الأول ، لأن السفل اسمٌ لمبني مسقف ، فكان سطح السفل سقفًا للسفل (رد المحتار عن الخانية) .

ومن بيع المعدوم ايضًا بيع ما اصله غائب ، اي ما ينبت في باطن الارض كجزر وفجل اذا كان لم ينبت او نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع ، فإذا علم جاز وله الخيار ، اي خيار الرؤية ، وتكفي رؤية البعض عندهما ، وعليه الفتوى (در عن المجمع) وتمام الكلام على هذا في حاشية رد المحتار .

ومثل المعدوم بيع ماله خطر العدم . فيبطل بيع الجنين في بطن امه ، واللبن في الضرع واللؤلؤ في الصدف ، كما في الدر وحواشيه .

ومنه ما يعد معدومًا عرفًا كبيع ما في التمر من نوى وما في القطن من حب ، فإنه باطلٌ لأن النوى والحب معتبرٌ عدمًا هالكاً في العرف ، فإنه يقال هذا تمرٌ وقطنٌ ولا يقال هذا نوىً في تمره ولا حبٌ في قطنه (كذا في الفتح) وهذا بخلاف بيع البر في سنبله ، والباقلا اي الفول والأرز والسمسم في قشرها ، والجوز واللوز والفستق في قشرها الأول اي الأعلى ، فإنه يجوز ، لأنه يقال هذه حنطةٌ في سنبلها وهذا لوزٌ وفستقٌ في قشره ، وهكذا ، ولا يقال هذه قشورٌ فيها لوز ولا يذهب اليها وهم ، وعلى البايع اخراجه ، الا اذا بيعت بما فيه . وللمشتري خيار الرؤية لانه شرى ما لم يرَ . هذا حاصل ما في الدر المختار وحاشيته رد المحتار .

وفيها عن الفتح : وعلى هذا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع ، واللحم والشحم في الشاة ، والألية والاكارع والجلد فيها ، والدقيق في الحنطة ، والزيت في الزيتون ، والعصير في العنب ، ونحو ذلك ، حيث لا يجوز ، لأن كل ذلك منعدمٌ في العرف لا يقال هذا عصيرٌ وزيت في محله ، وكذا الباقي اه ومثله بيع الصوف على ظهر الغنم كما في المتون . اقول : ومقتضاه عدم صحة بيع السنبل وهو التبن قبل اخراج البر منه . وهكذا القشر في الباقلاء وغيرها ، تأمل .

ج — ٢

المادة ٢٠٦ = ❊ الثمرة التي برزت جميعها يصح بيعها وهي على على شجرها ، سواء كانت صالحة للأكل ام لا ❊

البروز بمعنى الظهور ، والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرةً وان صغرت (رد المحتار) واشار بقوله « جميعها » الى ان هذه المادة لبيان حكم بيع ما يبرز دفعة واحدة لا ما تتلاحق افراده ، فافهم · قال في الفتح : لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل ان تظهر ، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح — وبدو الصلاح عندنا ان تؤمن العاهة والفساد — وانما الخلاف بين مشايخنا ان كانت بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب ، قيل لا يجوز ، ونسبه قاضي خان لعامة مشايخنا ، والصحيح انه يجوز لأنه مال منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعاً به في الحال اھ ملخصاً ·

وفي الهندية : بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقاً فان باعها بعد ان تصير منتفعاً بها يصح ، وان باعها قبل ان تصير منتفعاً بها بأن لم تصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب ، فالصحيح انه يصح وعلى المشتري قطعها في الحال · هذا اذا باعها مطلقاً او بشرط القطع فإن بشرط الترك ، فسد البيع ، وهذا اذا لم يتناه عظمها · فإن تناهى عظمها فباعها مطلقاً او بشرط القطع ، صح · وان باعها بشرط الترك ، لم يصح قياساً عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، وصح استحساناً عند محمد رحمه الله تعالى · وفي الاسرار ان الفتوى على قوله ، كذا في الكافي اھ ومثله في الهداية والملتقى وشرحه المجمع والدر المنتقى والتنوير وشرحيه المنح والدر ، معللين قول محمد بالعرف وتعامل الناس · ونقل في رد المحتار عن القهستاني ما نصه : وشرط تركها على الشجر والرضى به يفسد البيع عندهما ، وعليه الفتوى كما في النهاية · ولا يفسد عند محمد ان بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقي ، وعليه الفتوى كما في المضمرات اھ ثم قال في رد المحتار : وما نقله القهستاني عن المضمرات مخالفٌ لما في

الهدايه والفتح والبحر وغيرهما من حكاية الخلاف في الذي تناهى عظمه ، فإنه صريح في تناهي الصلاح لا في بدوه . وايضاً المتبادر منه صلاح الكل، تأمل اه

اقول ما ذكره القهستاني عن المضمرات ذكر نحوه في الهندية عن الخلاصة ، ونصها : لو اشترى ثمرة بدا اصلاح بعضها ، وصلاح الباقي يتقارب ، وشرط الترك ، جاز عند محمد رحمه الله تعالى . وان كان يتأخر ادراك البعض تأخراً كثيراً ، فالبيع جائز فيما ادرك ، ولم يجز في الباقي . كذا في الخلاصة اه ونحو هذا في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين رامزاً للملتقط ولمختصر الكرخي . ومن تدبر عبارة الفتح السابقة رآها تُفهم عين ما نقله القهستاني عن المضمرات ، فإن قوله «ولا في عدم جوازه بعد بدو الصلاح بشرط الترك» يفيد ان عدم جوازه بعد بدو الصلاح بشرط الترك فيه خلاف وهو خلاف محمد رحمه الله تعالى ، والا كان حقه ان يقول «ولا في عدم جوازه قبل تناهي العظم بشرط الترك» كما لا يخفى . وقد ذكر في الفتح في توجيه قول محمد رحمه الله تعالى ما نصه : وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل ، لأنهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم ، فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي رحمه الله تعالى فيما تناهى عظمه ، وما لم يتناه انه يجوز ، لأن العادة تركهم اياه الى الجذاذ ، ومحمد يقول بمنعه في غير المتناهي لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ، ولا يخفى ان الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعائه عدم العرف فيما لم يتناه عظمه ، اذا القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهى وغيره يخرج منه المتناهي للتعامل . فكون ما لم يتناه على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه . والجزء المعدوم طروه . اي زيادة متولدة حدثت في ملك المشتري ليست داخلة في المبيع حتى يقال ان اشتراط الترك الى بيع المعدوم ، وهو الاجزاء التي تزيد ، الى ان يتناهى العظم . يؤيد هذا تعليلهم لصحة بيع الثمرة البارزة وان لم يكن منتفعاً بها بأنه ان لم يكن منتفعاً بها في الحال ينتفع بها في المآل ، فهذا تصريح بأنه لم نصحح البيع فيما لا ينتفع به الا لأجل تلك الزيادة المنتظرة ، وما ذاك الا لأنها غير داخلة في المبيع بل هي طارئة في ملك المشتري ، والا لفسد البيع لأنه بيع المعدوم . فقد انضح مما ذكرناه وضوح الشمس بحيث لم يبق ريب ولا لبس انه لو جرى

التعامل المستفيض في بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط تركها حتى تنضج ، بصح البيع عند محمد رحمه الله تعالى ، لأنه صريح كلام الفتح السابق . فحينئذٍ ترتفع المخالفة بين ما نقله القهستاني والهندية وجامع الفصولين من ان خلاف محمد فيما بدا صلاح بعضه وتقارب بدو صلاح الباقي ، و بين ما في اكثر الشروح من ان خلافه في المتناهي عظمه ، بحيث يحمل الثاني على ان العرف في زمن محمد رحمه الله تعالى في المتناهي عظمه ويحمل الاول على انه حدث بعده تعامل فيما بدا صلاح بعضه وتقارب بدو صلاح الباقي ، فيكون ايضاً قول محمد لأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً . ومما يكشف عن وجه المسئلة قناعاً ويزيد في منهجها اتساعاً المادة (١٨٨) وما قدمناه في شرحها عن رسالة العلامة بن عابدين من ان العرف الخاص معتبر وان خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ، ما لم يخالف النص الشرعي ، يعني الكتاب والسنة والاجماع . وان العرف الخاص يشمل القديم والحادث ، وان حكم العرف يثبت على اهله خاصاً او عاماً . وعليه ، فاشتراط ترك الثمار البارزة حتى تنضج ، وان كان شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد العاقدين ، لكن حيث جري به العرف الشائع في بلادنا واستفاض بين الخاص والعام كما سيأتي ذكره في شرح المادة الآتية ، فيكون معتبراً كما صرحت به تلك الماده وهي المادة (١٨٨) وعليه يكون صحة بيع الثمار البارزة بشرط تركها حتى تنضج ، اتفاقية ، فليحفظ هذا فإنه من مفردات هذا الكتاب وستأتي له تتمة في شرح المادة التالية .

المادة ٢٠٧ - ❋ ما تتلاحق افراده يعني ان ما لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء كالفواكه والازهار والورق والخضروات اذا كان برز بعضها يصح بيع ما سيبرز معما برز تبعاً له بصفقة واحدة ❋

هذا ما افتى به شمس الأئمة الحلواني وحكاه عن الإمام الفضلي ، وقال : استحسن فيه لتعامل الناس ، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج ، واجعل الموجود

اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعاً كما في رد المحتار . وقال في الفتح : وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد في بيع الورد على الأشجار ، فإن الورد متلاحق ، وجوّز البيع في الكل ، وهو قول مالك رحمه الله تعالى اه وعليه عول العلامة بن عابدين في رد المحتار ، وقيده في الدر المختار تبعاً للزيلعي بما اذا كان البارز اكثر . لكن قال في رد المحتار : ذكر في البحر عن الفتح ان ما نقله شمس الائمة عن الامام الفضلي لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد اكثر ، بل قال عنه اجعل الموجود اصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً اه قلت : لكن في جامع الفصولين بعد ان ذكر ما افتى به شمس الائمة قال : ولهذا شرط اي شمس الائمة كون الخارج اكثر من الحادث اذ الاقل تبعاً للاكثر بلا عكس اه ومثله في الانقروية عن التتارخانية ، فافهم . ثم ان الذي يظهر انه لا فرق في المبيع الذي تتلاحق افراده بين ان يكون نوعاً واحداً كبيع ثمار اشجار تفاح مثلاً وقد برز بعضها دون بعض ، او انواعاً مختلفة كبيع ثمار بستان مشتمل على انواع مختلفة من التفاح والتين والرمان والكمثري وغيرها ، وقد برز بعض تلك الانواع دون بعض ، يشير الى هذا قول المجلة « كالفواكه والازهار والورق والخضروات اذا كان برز بعضها » فإن الفواكه جمع فاكهة وهي جنس يشمل جميع انواع الثمار ، ولا شك ان المراد ببروز بعضها بروز بعض انواعها ، اذ ليس افراد الجنس الا انواعه . وعبارة جامع الفصولين رامزاً لفتاوي القاضي ظهير ، هكذا : شرى ثمار بستان على ما هو المتعارف ، وبعضها خرج لا بعضها ، لم يجز في ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه في الثمر والباذنجان والبطيخ وغير ذلك الخ . ثم قال رامزاً لجامع الصغري : سئل بعضهم عمّن شرى كرماً فيه عنب والوان من الثمر بعضها مدركٌ لا بعضها ، قال : لو شراها جملةً جاز ، ولو فيها ما لا قيمة له ، وهو اقل ، لانه يتبع الاكثر اه فإن قوله اولاً « شرى ثمار بستان » ظاهرٌ فيما قلنا ، لأن البستان غالباً يحتوي على انواع مختلفة من الثمار . وكذا قوله « شرى كرماً فيه عنب والوان من الثمر » كالصريح في ذلك . والحاصل ان اطلاق عباراتهم يفيد ان المبيع سواء كان نوعاً واحداً من الثمار ، او انواعاً معددة وقد برز بعض انواعها او بعض افراد انواعها ، وكان البارز اكثر مما لم يبرز على ما في الزيلعي والفصولين والتتارخانية ، او مطلقاً على ما في البحر والفتح ، يجوز

بيعه على ما افتى به شمس الائمة الحلواني ومشت عليه هذه المجلة ، لتعامل النـاس .
ومن ادعى التقييد بما اذا كان المبيع نوعاً واحداً فليبرز النص ، اذ ليس بعد النص الا الرجوع اليه . اذا تمهد هذا مما حققناه في شرح المادة السابقة ، تعلم صحة بيع الثمار على التعامل الواقع في زماننا . وذلك انه قد جرى العرف والتعامل في بلادنا انه عندما يبرز اكثر ثمار البساتين عندنا يبيع صاحب البستان ثمار بستانه المختلفة الانواع من تفاح ومشمش وكمثري وتوت وتين وجوز ورمان وما اشبه ذلك ، ومنها ما لم يبرز بعد ، ومنها ما بدا صلاحه او تقارب بدو صلاحـه ، يبيع جميع ذلك صفقةً واحدةً و بطلق البيع ، فلا يشترط القطع ولا الترك . الا ان ترك تلك الثمار جميعها حتى تنضج ، معروفٌ عند المتبايعين وغيرهما عرفاً شايعاً بـين جميع الناس بحيث لا يختلف فيه اثنان ، حتى انه لو علم المشتري انه يكلف للقطع لما اشترى ما اشتراه بجزء جزئي من القيمة التي اشترى بها ، ثم كلما نضج من انواع تلك الثمار نوعٌ يقطعه المشتري شيئاً فشيئاً الى ان ينتهي النضج والقطع في اواسط الخريف ، يعني في نصف شهر ايلول . وهكذا استمرت عادة الناس في بيع ثمار بساتينهم من قديم الزمان والى الآن ، وتعارفوا على ذلك عرفاً شايعاً . وتوجيه تصحيح هذا البيع ان يتمشى بيع الثمار التي لم تبرز تبعاً للبارز على ما افتى بـه شمس الائمة الحلواني والامام الفضلي ، ومشت عليه هذه المجلة في هذه المادة اعتباراً لتعامل الناس ، ودفعاً للحرج عنهم ، والا لزم تحريم اكل الثمار في بلادنا لو فسد البيع وفي ذلك حرجٌ عظيم ، لانها لا تباع الا على هذا الوجه . ويتمشى صحة بيعها مع اشتراط تركها حتى تنضج لما تقرر من ان هذا الشرط معروف عند المتبايعين وغيرها قطعاً وقد نطقت المادة (٤٣) ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، على قول محمد المفتي به من جواز بيعها بشرط الترك اذا بدا صلاح بعضها وتقارب بدو صلاح الباقي ، بناءً على ما في الهندية عن الخلاصة ، والقهستاني عن المضمرات ، وجامع الفصولين عن المنتقط ومختصر الكرخي ، بل على قول الكل بناءً على ما ذكرناه هناك من ان شرط ترك الثمار المبيعة حتى تنضج وان كان شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلايمه وفيه نفعٌ لأحد العاقدين ، لكن جرى العرف به واستفاض في بلادنا فيكون معتبراً وفقاً للمادة (١٨٨) وما قدمناه في شرحها ، فاغتفر التطويل في هذه المسئلة التي طالما

٢-٢

كنا نعدها من المسائل المعضلة بما تضمنه من براهين حل عقالها وادلة كشف إشكالها ، ولولا تخريجها على هذا المنوال لأشكل الحال وتبلبل البال ، اذ لا يمكن نزع الناس عن عاداتهم المستمرة بين خاصتهم وعامتهم ، ومعلومٌ ان الحرج بالنص قد اندفع ، وما ضاق امر على الناس الا اتسع . ويا حبذا لو ذيلت هذه المادة بما قدمنا تحقيقه واحكمنا تنميقه بأن يقال هكذا (بيع الثمار والفواكه سواء كانت جميعها بارزة او متلاحقة بافرادها او بانواعها بشرط تركها حتى تنضج صحيح اذا كان بدا صلاح بعضها وتقارب بدو صلاح الباقي) والله سبحانه الموفق .

✻ تنبيهات ✻

الأول : ان هذه المادة قد بينت حكم بيع جميع الثمر الموجود والمعدوم ، وبقي ما لو باع الموجود فقط . ولا شبهة ان البيع صحيحٌ ايضاً . لكن لو اثمرت ثمراً آخر قبل قطع المبيع ، فإن كان قبل القبض ، فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ، فأشبه هلاكه قبل التسليم . ولو اثمرت بعد القبض ، يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده — وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذ حدث بعد القبض خروج بعضها ، اشتركا كما ذكرنا اه (فتح)

الثاني : ان بيع الباذنجان والبطيخ واشباههما له حكمُ بيعِ الثمر الذي تتلاحق افراده ، يعني انه صحيح في الموجود ، وفي المعدوم تبعاً للموجود ، على ما افتى به شمس الائمة الحلواني ومشت عليه هذه المجلة . ولفظ « الخضروات » في هذه المادة يشير الى ذلك . لكن لا يخفى ان المعدوم المنتظر حدوثه من ذلك لا يكون الا اكثر من الموجود بأضعاف ، وقد قدمنا عن جامع الفصولين وغيره ان الاكثر لا يتبع الاقل ، خلافاً لما قدمنا عن البحر تبعاً لصاحب الفتح من ان الحلواني لم يقيده بكون الموجود اكثر . والمخلص من هذه الشبهة على وجه يصح فيه البيع بدون خلاف ان يبيع تلك الخضروات من باذنجان وخيار و بطيخ ونحوها بأصولها ، وهذا سهل ، بخلاف بيع الثمار فإن البايع قد لا يرضى ببيع اشجارها معها لعزتها ، تأمل .

الثالث : لم يذكر حكم بيع الزرع والشجر مقصوداً . قال في الدر : لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلاً لانه ليس بمنتفع به وتابع للأرض ، فيكون كالوصف ،

فلا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده ، وان باع على ان يتركه حتى يدرك ، لم يجز . وفي الهندية : باع الزرع وهو بقل ، إن باعه على ان يقطعه المشتري او يرسل فيه دابته لتأكل جاز ، وان باع على ان يترك حتى يدرك ، لا يجوز وكذا بيع الرطبة اه . وفي البحر عن الظهيرية . اشترى شجرة للقلع ، يؤمر بقلعها بعروقها ، وليس له حفر الارض الى انتهاء العروق ، بل بقلعها على العادة ، الا ان شرط البايع القطع على وجه الارض او يكون في القلع من الأصل مضرة للبايع ككونها بقرب حائط او بئر فيقطعها على وجه الأرض ، فإن قطعها او قلعها فنبت مكانها اخرى فالنابت للبايع ، إلا اذا قطع من اعلاها فهو للمشتري اه . و اما بيع الحصة الشايعة من ثمر او زرع او شجر فسيأتي مفصلاً موضحاً في شرح المادة (٢١٥) ان شاء الله تعالى .

الرابع : بيع ورق التوت بدون اغصانه له حكم بيع الثمار كما هو صريح هذه المادة . واما بيعه باغصانه فهو جائز ايضاً للتعامل إن بيّن موضع القطع ، والا فإن كان معلوماً عرفاً صح كما في الدر المنتقى . وفي الدر المختار عن القنية : ولو باع اوراق توت باغصانها لم تقطع قبله بسنة جاز ، وبسنتين ، لا ، لأنه يشتبه موضع قطعه عرفاً اه . وفي البحر عن الظهيرية : اشترى رطبة من البقول او قثاء او شيئاً ينمو ساعة فساعة ، لا يجوز ، كبيع الصوف . واما بيع قوايم الخلاف اي اغصان اشجار الصفصاف ، فيجوز وان كان ينمو ، لأن نموها من الاعلى بخلاف الرطبات اه . وما في الهندية وغيرها عن الفضلي من تصحيح عدم الجواز في بيع قوايم الخلاف فقد علله بقوله : لأنه وان كان ينمو من اعلاه فموضع القطع فيه مجهول اه . فلو كان موضع القطع معروفاً يرتفع الخلاف .

المادة ٢٠٨ = ❋ اذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع . فلو باع زجاجاً على انه الماس بطل البيع ❋

علله في الدر والخانية بأنه بيع المعدوم . ومثله ما اذا باع هذا الفص على انه

ياقوت فاذا هو زجاج ، او هذا الثوب الهروي فاذا هو مروي ، او هذا العبد فاذا هو جارية او داراً على ان بناءها آجر فإذا هو لبن ، او ثوباً على انه مصبوغ بعصفر فإذا هو بزغفران ، او حنطة في جوالق فإذا هو دقيق ، او دقيقاً فإذا هو خبز ، وهذا الثوب القز ، فإذا لحمته من قطن . ولو كان سداه من قز ، وصح لو كان عكسه ، مع الخيار اذ اللحمة هو الأصل ، وهذا الثوب على ان ظهارته و بطانته وحشوه من كذا ، فإذا الظهارة من غير المعين ، بخلاف ما اذا كانت البطانة من غير المعين فإنه ينعقد مع الخيار (كذا في المنح) وبخلاف ما اذا باع كبشاً فإذا هو نعجة او حصاناً فإذا هو فرس (در مختار) ، وبخلاف ما إذا باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر فإنه يصح البيع ويخير المشتري . قال في الهداية : والفرق مبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله تعالى وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ، ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه ، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبداً على انه خباز فاذ هو كاتب ، والذكر والانثى من بني ادم جنسان للتفاوت في الاغراض ، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها اه . قال في البحر : والأصل المذكور متفق عليه هنا ، ويجري في سائر العقود من النكاح والاجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال اه . ولو باع بزر بطيخ فظهر بزر قثاء ، او بزر الفيلق على انه مروزي فظهر غير مروزي ، كان البيع باطلاً وللمشتري رد المبيع ان قائماً واسترداد الثمن ايضاً . وان زرع بزر البطيخ ولم ينبت ، رجع بنقصانه (رد المحتار)

المادة ٢٠٩ = ❊ بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر او حيوان ناد لا يمكن مسكه وتسليمه ❊

اي كظبي صيد ثم ند ولا يمكن مسكه ، او سمك اخذ ثم القي في مكان

لا يمكن اخذه الا بحيلة ، وطير ٍ مسيك ثم ارسل في الهواء فلا يرجع الا بصيد جديد ، فإن بيع هـذا باطلٌ على ما هو الاظهر من الرواية كما في التنوير ، وهو اختيار مشايخ بلخ . وقيل هو فاسدٌ لكونه مملوكاً ، وفساده لعدم القدرة على التسليم . ويتفرع على الخلاف انه لو رجعت ليد البايع وسلمها لا يعود البيع صحيحاً على القول ببطلانه ، وهو الذي مشى عليه هذه المجلة ، ولا يكون للمشتري ان يأخذه جبراً بحكم هذا البيع — ويعود صحيحاً على القول بفساده لارتفاع المفسد ويكون للمشتري اخذه جبراً بحكم البيع ، وهذا اذا لم يتفاسخا البيع قبل رجوع المبيع ليد البايع ، ويفسخه احدهما او بفسخ القاضي البيع . فإن فسخ البيع بأحد الوجهين ، لا يعود صحيحاً اتفاقاً . واما اذا كان المبيع لم يدخل في ملك البايع اصلاً كبيع سمك ٍ في الماء او طير ٍ في الهواء لم يصادا ، فالبيع باطلٌ اتفاقاً لأنه غير مملوك . وقيدنا الطير بكونه لا يرجع احترازاً عما اذا كان يطير و يرجع ، كبيع الحمام فإنه صحيحٌ كما في البحر عن الهداية والخانية ، وكذا في الذخيرة عن المنتقى . قال في الفتح : لأن المعلوم عادة كالواقع ، وتجويز كونها لا تعود او عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع ، كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك ينفسخ ، كذا هنا اذا فُرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض ، انفسخ اه واما ما في ر. المحتار عن الذخيرة : باع برج حمام فإن ليلاً جاز ، ولو نهاراً فلا ، لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن اخذه الا بالاحتيال اه ، فهو مبني على خلاف ما في الهداية والخانية والتنوير ، وكذا في الذخيرة عن المنتقي وابده في الفتح من جواز بيعه وان كان طائراً لأن العادة تقضي بعوده . هذا حاصل ما في الدر المختار وحواشيه والهداية والفتح وغيره ، فافهم . قلت : وعلى هذا فالفرس ونحوها اذا ندت يجوز بيعها فإن من المعلوم عادة انها تعود لمربطها ، وكذا ظبيٌ الف وهو داجن واعتاد على الخروج ثم الرجوع الا اذا توحش بعد الالف وصار لا يؤخذ الا بصيد ، فلا يجوز بيعه ، كما لا يجوز بيع فرس عاند لا يمكن اخذه الا بحيلة كما في المندية . واما بيع ما هو مقدور التسليم لكن في تسليمه ضررٌ ففاسد ، كبيع جزء معين في سقف . غير المعين ا فلا ينقلب صحيحاً لأنه باطلٌ للجهالة الفاحشة . وكذراع ٍ من ثوب يضره التبعيض فلو قطع ، اي او قلع الجزع وسلم قبل فسخ المشتري ، عاد صحيحاً .

ولو لم يضره القطع ، جاز لانتفاء المانع في المسئلتين ، كذا في التنوير وشرحه الدر المختار وفي حاشية رد المحتار عن الفتح والبحر . واشار المصنف الى عدم جواز بيع حلية من سيف او نصف زرع لم يدرك ، لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه . وكذا بيع فص خاتم مركب فيه . وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه يعني اذا كان يضره التبعيض ، وذراع من خشبة كذلك للضرر في تسليم ذلك ، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لانه انما التزم العقد ولا ضرر فيه اه .

المادة ٢١٠ — ✻ بيع ما لا يعد مالاً بين الناس والشراء بـه باطـل . مثلاً لو باع جيفة او آدمياً حراً او اشترى بها مالا فالبيع والشراء باطلان ✻

المراد بما لا يعد مالاً بين الناس ما لم يكن مالاً في ساير الاديان بقرينة قوله « اشترى بها » لان الضابط في تميز الفاسد من الباطل كما في شرح مسكين على الكنز ان احد العوضين اذا لم يكن مالاً في دين سماوي فالبيع باطل سواء كان مبيعاً او ثمناً . فبيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع بـه . وان كان في بعض الاديان مالاً دون البعض ان امكن اعتباره ثمناً فالبيع فاسد ، فبيع الفرس بالخمر والخمر بالفرس فاسد . وان تعين كونه مبيعاً فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم او الدراهم بالخمر باطل اه .

وقول المجلة « باع جيفة » اي ميتة اماتت حتف انفها . ما لو ماتت بسبب غير الذكاة كالمختنقة والموقوذة والمتردية ، ففي حق المسلم لا فرق بينها و بين الميتة حتف انفها من حيث بطلان البيع ، لكن فيما اذا تعين كونها مبيعاً كما اذا قوبلت المختنقة بدراهم . اما اذا امكن اعتبارها ثمناً كما اذا قوبلت بعين ، يكون فاسداً بالنظر الى العوض الآخر، باطلاً بالنظر اليها ، على ما اقتضاه الضابط السابق . واما في حق غير المسلم ، ففي التجنيس جعله قسماً من الصحيح لانهم يدينونه ولم يحك فيه خلافاً ، وجزم في الذخيرة بفساده ، وجعله في البحر من اختلاف الروايتين .

واما البطلان فلا قائل به . ثم انه يستثنى من الميتة السمك والجراد ، فبيعهما صحيح والمراد من الدم المسفوح ، فجاز بيع الكبد والطحال . ومما لا يعد بين الناس مالاً فيبطل بيعه التراب القليل ما دام في محله ، اما اذا عرض له بالنقل ما يصير به مالاً معتبراً فيصح ، ومثله الماء . ومنه ايضاً نحو حبة حنطة والعذرة الخالصة ، بخلاف المخلوطة بتراب فانه يجوز بيعها كسرقين . هذا حاصل ما في الدر المختار وحاشيتيه رد المحتار والطحطاوي .

المادة ٢١١ = ﴿ بيع غير المتقوم من المال باطل ﴾

يحتمل ان يكون المراد بالمال غير المتقوم هنا معناه الشرعي ، وهو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف انفها ، بل بالخنق ونحوه وعليه فقوله « باطل » اي في حق المسلم فقط ، اما في حق غيره ففي بيع الميتة بسبب غير الذكاة اختلاف الرواية ، في رواية صحيح ، وفي اخرى فاسد كما تقدم . وفي الخمر والخنزير الظاهر انه لا خلاف في صحته لما ذكروه من ان اهل الذمة لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير لاعتقادهم حلهما وتمولهما وقد أمرنا بتركهم وما يدينون . والتقييد بالخمر لإخراج ما سواها من الاشربة المحرمة . فإن بيعها جائز عنده خلافاً لهما . وتقييد الميتة بما لم تمت حتف انفها لاخراج الميتة حتف انفها ، فإن بيعها باطلٌ عند الكل لأنها ليست بمال في سائر الاديان كما تقدم في شرح المادة السابقة . هذا حاصل ما في الدر المختار وحواشيه .

ويحتمل ان يكون المراد به معناه العرفي ، وهو ما لم يكن محرزاً كسمك لم يصد وكلأ لم يحرز وماء في بئر او نهر . وعلى هذا فقوله « باطل » اي مطلقاً في حق المسلم وغيره . واطلاق قوله « باطل » يؤيد الاحتمال الثاني . وذكر هذه المادة عقيب سابقتها يؤيد الاحتمال الاول ، كما لا يخفى على من تأمل . وكون غير المتقدم من المال له معنىً عرفي ومعنىً شرعي نقله في رد المحتار عن ابن كمال حيث قال : المتقدم على ما ذكر في التلويح ضربان : عرفي ، وهو بالإحراز ، فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم ، وشرعي وهو بإباحة الانتفاع به وهو المراد

بالمتقوم المنتفي هنا اه وقوله هنا ، اي في عبارة التنوير واكثر المعتبرات ، لأنهم مثلوا لغير المتقوم بالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف انفها . على ان المذكور في عامة كتب المذهب ان بطلان بيع سمك لم يصد وكلاء لم يحرز وماء في بئر او نهر لكونه غير مملوك ، لا لكونه غير متقوم . ثم اعلم ان غير المتقوم من المال ان بيع بدين كدراهم ودنانير ومكيل وموزون ، يكون البيع باطلاً في الجانبين ، يعني في المبيع والثمن ، فلا يملك البدلان بالقبض . وان بيع بعرض يبطل البيع بغير المتقوم ، وهو الخمر ، ويفسد بالعرض فيملك الثاني بالقبض . وذلك لأن المبيع هو الأصل ، وليس هو محلاً للتمليك ، فبطل فيه ، فكذا في الثمن . بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً فانه مبيع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسدت التسمية فوجبت قيمته دون الخمر المسمى ، كذا في الدر وحاشيته رد المحتار . وفيها عن البحر : والحاصل ان بيع الخمر باطل مطلقاً ، وانما الكلام فيما قابله فإن دينا كان باطلاً ايضاً ، وان عرضاً كان فاسداً . ثم قال : وقيدنا بالمسلم لأن اهل الذمة لا يمنعون من بيعها لاعتقادهم الحل والتمول ، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ، كذا في البدائع اه ملخصاً وظاهره الحكم بصحة بيعها فيما بينهم ، ولو بيعت بالثمن . ويشهد له فروع ذكرها بعده اه والظاهر ان مثل الخمر ، الخنزير في جميع ما تقدم كما يفهم من الجوهرة النيرة على القدوري .

المادة ٢١٢ = ❊ الشراء بغير المتقوم من المال فاسد ❊

فلو اشترى فرساً بخمر يكون شراء الفرس فاسداً ، ولا فرق في ذلك بين ان تدخل الباء على الخمر او على الفرس لانه امكن جعل الخمر ثمناً فيبطل بيعه ويفسد بيع مقابله ، وهذا لأن الخمر مال في بعض الاديان دون بعض ، حتى لو لم يمكن جعله ثمناً بأن كان المشتري بالخمر مكيلا او موزوناً يكون الشراء باطلاً في الجانبين كما تقدم عن الدر في شرح المادة (٢١١) وعن شرح مسكين في المادة (٢١٠) — واما لو اشترى فرساً بسمك في البحر فقد استظهر في رد المحتار ان الشراء يكون باطلاً في الجانبين ، اي في الفرس والسمك ، كشراء الفرس بدم وميتة حتف

انفها لا نه ليس بمال عند احد ، فليتأمل . وهذا مما يؤيد ان المراد بغير المتقوم في هذه المادة والتي قبلها معناه الشرعي وهو ما لا يحل الانتفاع به شرعاً ، فتأمل .

❋ تنبيهات ❋

الاول : كما يبطل بيع الحر والميتة التي ماتت حتف انفها يبطل بيع ما ضم اليها ، وكذا يبطل بيع المضموم الى بيع مسجد عامر وان بين ثمن كل ، لأن الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن، بل لا بد من تكرار لفظ العقد عنده خلافاً لهما . بخلاف بيع المضموم الى مدبر والى وقف غير المسجد العامر من سائر الاوقاف ولو محكوماً به في الاصح ، فإنه يصح البيع في المضموم بحصته من الثمن لأن هذه مال في الجملة ، كذا في الدر ملخصاً . والفرق ان الحر والميتة التي ماتت حتف انفها والمسجد العامر لم تدخل في العقد اصلاً لعدم ماليتها ، فكان فيه بيع المضموم بالحصة ابتداء ، وهو باطل ، بخلاف المدبر فانه محل للبيع عند البعض ، وبخلاف المسجد الغامر اي الخراب فإنه يجوز بيعه في احد القولين . ومثله سائر الاوقاف فإنه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشتري بثمنها ما هو خير منها فتدخل هذه في العقد ، ثم تخرج ، فيكون البيع في المضموم بالحصة بقاء وهو لا يضر . ونظير هذا ما اذا ضم البائع الى المبيع مال المشتري وباعهما له صفقة واحدة ، كأحد الشريكين في دار او دابة يشتري من شريكه جميع الدار او الدابة بثمن معلوم فانه يصح على الاصح بحصة شريكه من الثمن ، لأنه بيع بالحصة بقاء وهو لا يضر ، كذا في رد المحتار ملخصاً .

الثاني : متروك التسمية عمداً له حكم الميتة التي ماتت حتف انفها ، فيبطل بيعها والبيع بها و بيع ما ضم اليها ولو من غير المسلم ، لأن حرمته بالنص ، كما في التنوير وشرحه ، خلافاً لما بحثه في حاشية رد المحتار .

ج ـ ٢

المادة ٢١٣ – ❊ بيع المجهول فاسد . فلو قال البايع للمشتري بعتك جميع الاشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الاشياء فالبيع فاسد ❊

اما اذا علم المشتري جميع ما يملكه البايع صح البيع ولا يضر جهل البايع بمقداره كما في حاشية الرملي على الفصولين . وتحقيق بيان الجهالة المفسدة واحكامها وامثلتها قد تقدم في شرح المواد ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢ و ٢٠٣ فلا بد لك من الرجوع اليها . ومن البيع الفاسد للجهالة بيع ثوب من ثوبين ، كما في التنوير وغيره ، فلو قبضهما المشتري وهلكا معاً ضمن نصف قيمة كل ، لأن احدهما مضمون بالقيمة لانه مقبوض بحكم البيع الفاسد ، والآخر امانة ، وليس احدهما بأولى من الآخر ، فشاعت الامانة والضمانة . اما لو هلك احدهما قبل الآخر ، فيضمن قيمة الأول ، لأنه لما تعذر رده تعين للضمان . وان اختلف الثوبان قيمة وادعى الضامن ان الهالك اولاً هو الأقل قيمة وعكس الآخر ، فالقول للضامن . ولو برهنا ، فبرهان البايع اولى . وانما يفسد بيع ثوب من ثوبين ، اذا لم يشترط خيار التعيين . فلو شرط بأن قال بعتك واحداً منهما على انك بالخيار تأخذ ايهما شئت ، فإنه يجوز البيع استحساناً ، لكن اذا كان الخيار فيما دون الاربعة . والتمثيل بثوب من ثوبين لانه من القيمي . واما بيع المبهم من المثلي فجائز كقفيز من صبرة . هذا حاصل ما في الدر المختار وحواشيه والبحر والفتح وغيرها ، وسيأتي ذكر المسئلة وفروعها في خيار الشرط

المادة ٢١٤ – ❊ بيع حصة شايعة معلومة كالنصف والثلث والعشر من عقار مملوك قبل الافراز صحيح ❊

لأنه لا يشترط في صحة البيع الافراز عند التسليم ، لاتفاقهم على صحة بيع

مشاع لا يمكن افرازه كنصف الحمام والطاحون والدابة (رد المحتار) وقيّد الحصة بكونها معلومة لأنها لو كانت غير معلومة يفسد البيع لجهالة المبيع ، فلو قال الرجل بعتك نصيبي من هذه الدار بكذا ، وقبل المشتري ولم يكن عالماً بمقدار نصيبه ، لا يجوز البيع . وان علم ، جاز (خانية وتتارخانية وغيرهما)

وقوله « من عقار » ليس قيداً احترازيا ، فإن المنقول كدابة ومتاع ، مثل العقار في ذلك الحكم . لكن قصد بذكره عدم دخول بعض المنقولات كالحصة الشايعة من الغراس والبناء والذرع بدون الارض ، وما كانت الشركة فيه بسبب الخلط والاختلاط ، فإن في صحة بيعها وعدمه تفصيلاً سيأتي بيانه في شرح المادة الآتية . واما بيع الحصة الشايعة من الغراس والبناء مع الارض فداخل في مسمى العقار ، فيدخل في حكمه على صحة بيعه مطلقاً ، سواء كان من الشريك او من اجنبي بإذن الشريك او بغير اذنه . واعلم ان بيع الحصة الشايعة على صنفين ، كما في جامع الفصولين : اما ان الكل له فباع نصفه ، او كان بين اثنين فباع احدهما نصيبه فهذه الماده بينت حكم الصنف الاول ، والمادة التالية لها بينت حكم الصنف الثاني .

المادة ٢١٥ = ✻ يصح بيع الحصة المعلومة الشايعة بدون اذن الشريك ✻

في جامع الفصولين : دار بينهما باع احدهما نصفها مشاعاً ، انصرف البيع الى نصيبه . ولو باعه اجنبيٌ بلا امرهما ينصرف الى نصيبهما ، فلو اجاز احدهما يصح في نصيب المجيز ، وهو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ، وفي الربع في قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى . ثم رمز وقال : وكّلا ببيع قنٍ بينهما ، فباع وكيلهما نصفه وقال « هو نصف فلان » جاز ، ولو لم يبين جاز في نصفٍ شايع للآمرين ، على قياس ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولم يجز في قولهما . ثم رمز وقال : قنٌ بينهما وليسا بشريكين في الاشياء ، اي شركة عقد ، وكّل احدهما صاحبه ببيع حظه من القن ، فباع المأمور نصفه ولم يبين اي النصفين هو ، فمات القن بعد تسليمه ، فقال

البايع بعت حظي ، صدق اه .

ثم ان هذه المادة ليست على اطلاقها بل يستثنى منها فصلان : الاول بيع احد الشريكين حصته من مال مشترك بينهما بسبب الخلط ، فانه من الاجنبي لا يجوز الا بإذن الشريك ، وذلك بأن يخلط رجلان بفعلهما ماليهما فيتعذر تمييز احدهما عن الآخر كحنطة بحنطة او جوز بجوز او لوز بلوز ، او يتعسر كحنطة بشعير ، لأن كل حبة تكون مملوكة لاحدهما بجميع اجزائها ليس للآخر منها شيء ، فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطاً بنصيب الشريك ، فيتوقف على اذنه — بخلاف بيعه من الشريك ، للقدرة على التسلم والتسليم : ومثله الاختلاط بلا صنع من احدهما بأن انشق الكيسان فاختلط ما فيهما ، وهذا بخلاف ما اذا كان الخلط بفعل احدهما بدون اذن الآخر ، فان الخالط يملك مال الآخر و يكون مضموناً عليه بالمثل للتعدي ، وبخلاف ما اذا كانت الشركة بينهما ابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها فإن كل حبة تكون مشتركة بينهما ، فبيع كل منهما نصيبه شايعاً جائز ولو من الأجنبي بلا اذن الشريك اه ملخصاً من الفتح والبحر والدر المختار وحواشيه .

الفصل الثاني : بيع ما فيه ضرر على الشريك او غيره ، فمنه ما في الفصول العمادية والبزازية وجامع الفصولين ، واللفظ له : دار بينهما فباع احدهما نصف بيت معين منها شايعاً ، لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لتضرر شريكه في تقطيعه نصيبه عليه عند القسمة . قال : ارأيت لو باع نصف كل بيت منها لم يتقطع نصيب شريكه ؟ — قال : وكذا الارض . ولو بينهما عشرة ثياب هروية مما يقسم فباع احدهما نصف ثوب بعينه من رجل ، فإن ابا حنيفة رحمه الله تعالى جوّزه ، وكذا في الغنم . قال : وهذا لا يشبه الدار الواحدة . ولو بينهما ارض ونخل وباع احدهما نصف نخلة معينة بأصلها من رجل ، لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى كبيت مر . وقال ابو يوسف : انا اري كل هذا جائزاً لا انقض بيعاً لقسمة لا يدري تقع ام لا ، ولعلها لو وقعت لا يدخل في القسمة ضرر . اه مختصراً . ومنه بيع الحصة من الزرع والمبطخة والثمر والغراس والبناء ، وهذا البيع لكثرة فصوله وتباين احكامه واختلاف النصوص في صحته وفساده ونقضه

وابرامه ، قد عد من مشكلات المسايل . فانتدب لتحقيقه الإمام الطرسوسي ، كعادته في كتابه انفع المسائل . ثم اتى من بعده العلامة بن عابدين في كتابه تنقيح الحامدية ورد المحتار بما هو الدر المختار من خزائن الاسرار ، ونحن نذكر من هذه الكتب الثلاثة ما هو الخلاصة بدون عزو الى بزازية او خلاصة مستوعبين مسائلها بالتفصيل، والحكم فيها صحةً وفساداً مع التعليل ، وان استدعى ذلك نوع تطويل :

(فاصخ السمع كما اقول   واحفظه اذ جائت به النقول)

اعلم ان المناط في فساد البيع فيهذه المسائل هو حصول الضرر للبايع او المشتري او الشريك ، كما يظهر من عباراتهم صريحاً او دلالة . وعليه فما امن فيه الضرر جاز بيعه ، وما لا ، فلا . فبيع الحصة الشايعة من الثمر بعد نضجه ، والزرع بعد ادراكه ، يصح بدون الارض ولو من الاجنبي بدون اذن الشريك ، اذ لا ضرر على الشريك ولا على غيره لو طلب الشاري القطع . ومثله الشجر المعد للقطع بعد بلوغه اوان القطع كالحور واغصان الصفصاف ، ومثله الشجر الصغير المسمى بالنصب المعد للقلع ليغرس في ارض اخرى كنصب التوت والمشمش . واما بيع ما ذكر قبل النضج وقبل الادراك وقبل البلوغ اوان القطع او اوان القلع ، فإن كان مع الارض ، فالبيع جائز ايضاً ولو من الاجنبي بلا اذن الشريك لعدم الضرر . وان كان بدون الارض ، فلا يجوز من الاجنبي بدون رضى الشريك سواء كانت الارض لهما او لأحدهما او لغيرهما وقد زرعاها بحق شرعي ، لتضرر الشريك في حصته اذا اراد المشتري القلع . فإن رضي الشريك فإن قصد المشتري اجبار الشريك على القطع يفسد ايضاً لانه لا يجبر على تحمل الضرر ، كما قالوا فيما اذا باع نصف زرعه من رجل ، وكل الزرع له ، لا يجوز . قالوا : لأنه يطالبه المشتري بالقلع فيتضرر البايع فيما لم يبعه ، فصار كبيع الجذع في السقف . وان لم يقصد ذلك ، فيجوز ، بمعنى انه ان دام الحال ولم يطلب المشتري القلع الى وقت الادراك ، فالبيع جائز ، والا لم يجب الى ذلك نظراً للشريك . فإن طلب هو او البايع النقض ، فسخ البيع ، لأنه فاسد مستحق . وان سكت الى وقت الادراك انقلب جائزاً لزوال المانع . واما بيع هذه المذكورات بدون الارض من الشريك،

ففيه اختلاف الرواية ، في رواية يجوز ، وفي رواية لا يجوز . وقد حملت رواية عدم الجواز على ما اذا كان البيع في صورة يحصل فيها ضرر بالقلع ، كما اذا باع رب الارض من الأكار حصته من الزرع ، فإنه لا يجوز لأنه يكلف الاكار القلع فيتضرر بقلع نصيبه الذي كان له قبل الشراء . ومثله ما اذا كانت الارض مشتركة بين اثنين وفيها زرع لهما لم يدرك فباع احدهما حصته من الزرع لشريكه بدون الارض ، فإن البيع لا يجوز ، لما تقدم من حصول الضرر بالقلع فيما لم يشتره لو كلفه البايع تفريغ حصته من الارض . ومثله ما اذا كانت الارض في ايديهما بإجارة من غيرهما ، فباع احدهما حصته من الآخر ولم يؤجره ما في تواجره من الارض ، او باعارة مدة معلومة فباع احدهما من الآخر قبل مضي مدة الاعارة ، لأن البايع بقيت له يد على الارض استئجاراً او استعارة فله المطالبة بالقلع وتفريغ ما في تواجره وعاريته ، واما اذا كانت بأيديهما مزارعة فإن باع احدهما حصته من رب الارض جاز البيع ، كبيع الأكار من رب الارض . وان باع من شريكه الذي لا ارض له ، لا يجوز ، لأنه لا يمكنه التسليم الا بالقلع ، فيتضرر رب الارض بحصته من الزرع ، ويتضرر المشتري فيما لم يشتره . واما اذا كان البيع في صورة لا يحصل فيها ضرر على احد ، فجوازه متفق عليه كما لو باع الاكار حصته من الزرع لشريكه صاحب الارض ، فإنه لا ضرر على احد . وكما لو كانت الارض بأيديهما غصباً بأن زرعا ارض الغير تعدياً ، او مستأجرة مدة ومضت مدة اجارتها ، او مستعارة مدة معينة وقد مضت المدة ، فإن بيع احدهما حصته من الزرع صحيح من الشريك ، بل ومن الاجنبي بلا اذن الشريك ، لأن الزرع مستحق للقلع قبل البيع فصار كأنه باعه مقلوعاً . واما بيع الحصة من الغراس الذي يقصد منه البقاء للثمر ، فلا فرق بينه وبين ما تقدم من بيع الثمر والزرع والمعد للقطع او القلع الا من وجه واحد ، وهو ان هذا لا يمكن انقلابه صحيحاً اذ لا غاية له ، بخلاف ما تقدم فإن له غاية وهو النضج والادراك ، وبلوغه اوان القطع او القلع . فاذا بيع بعد الادراك ونحوه يصح بيعه ولو من الاجنبي بدون رضى الشريك ، او قبل الادراك وترك حتى ادرك ، انقلب صحيحاً وهذا لا يتأتى فيه ذلك . وهذا الذي ذكرناه من عدم الفرق هو ما حققه الطرسوسي توفيقا بين ما في الخانية وبين ما في المحيط .

وتوضيح ذلك ان يقال : لا يخلو اما ان تكون الارض لهما او لأحدهما او لغيرهما . فإن كانت الارض لهما ، فبيعُ احدهما حصته من الغراس بدون الارض لا يجوز لا من الاجنبي ولا من الشريك . اما من الأجنبي فظاهر ، اذ لا يمكن تسليمه الا بالقلع وفيه ضرر على الشريك . واما من الشريك ، فلأن البائع يكلفه تفريغ حصته من الارض ، فيتضرر فيما لم يشتره . وان كانت الارض لأحدهما فبيع صاحب الارض حصته من الغراس بدون الارض لا يجوز ايضاً لا من الأجنبي ولا من الشريك . اما من الاجنبي فظاهر ، لما قدمناه . واما من الشريك ، فلما تقدم في بيع صاحب الارض حصته من الزرع من الاكار . واما بيع الشريك الذي لا ارض له فمن اجنبي لا يجوز ، لما ذكرناه ، ومن شريكه صاحب الارض يجوز ، لعدم الضرر على احد . ووقع هنا في تنقيح الحامدية غلط في النقل يجب اجتنابه . وان كانت الارض لغيرهما بأن غرسا في ارض الغير بطريق شرعي فلا يخلو : اما ان كانت مناصبة بأن غرسا ليكون نصف الغراس مثلاً لهما ونصفه لصاحب الارض فينبغي انه اذا باع احدهم من الشريك الذي هو صاحب الارض يجوز ، وان باع من الشريك الذي لا ارض له ، لا يجوز ، كما في الاكار مع رب الارض . واما بيعه من اجنبي عنهم بدون رضى شريكيه ، فلا يجوز اتفاقاً . واما ان استأجرا ارضاً للغراس ، فغرسا في المدة ، و باع احدهما نصيبه من الغراس في المدة ، فينبغي ان لا يجوز بيعه لا من الاجنبي ولا من الشريك ، الا اذا آجر ما في تواجره من الارض اولاً للشريك ، ثم باعه الحصة من الغراس . وكذا لو باعه اولاً ثم آجره ، لزوال المانع ، اذ لم تبق له يد على الارض حتى يكلف المشتري القلع ، فصار كما اذا باع حصته من الغراس مع حصته من الارض . واما بيع احدهما نصيبه بعد مضي مدة الاجارة فصحيح من الاجنبي ومن الشريك . لانه مستحق القلع فصار كأنه باعه مقلوعاً . ونظير هذا ما اذا كانت بأيديهما بطريق الاعارة مدة معينة وقد مضت . او بطريق الغصب ، فان بيع احدهما حصته جائز مطلقاً لأنه مستحق القلع . كما ذكرنا .

وتقدم نظير هذا في بيع الحصة من الزرع . واما بيع الحصة من البناء المشترك بدون الارض ، فحكمه حكم بيع الحصة من الغراس المشترك

الا في صورة واحدة وهي ما اذا كانت الارض لاحدهما فباع رب الارض حصته من شريكه الآخر فإنه في الغراس والزرع لا يجوز كما تقدم ، وفي البناء يجوز . وقد وقع في تنقيح الحامدية هنا غلط في النقل عن انفع الوسايل يجب التنبه له ، ووجه الفرق ان البناء هنا ليس مستحقاً للبقاء بعقد لازم ، فأن الارض التي تحت الحائط اذا كانت ملكاً لأحدهما والبناء بينهما فلا يكون بناء الآخر مع صاحبه الا بطريق الإباحة او العارية ، وايّاما كان فليس بلازم فلم يكن مستحقاً للبقاء . ومستحق القلع كالمقلوع بخلاف الزرع والغراس لأنه يكون بعقد لازم وهو المزارعة والمناصبة كما تقدم ، اللهم الا اذا كان البناء في صورة لازمة ، وهو ان يؤجره نصف ارضه ثم يبني هو والمستأجر فيها بناء ، ففي هذه الصورة يجاب بأنه مثل مسئلة الزرع والغراس . بقي ما اذا كان الجميع ، يعني الارض وما فيها للبايع ، ولا شريك له اصلاً ، ففي الزرع واشباهه لا يجوز بيع حصته منه بدون الأرض الا اذا ادرك الزرع مثلاً ، فينقلب جائزاً كما افتى به في الحامدية . وظاهره انه في البناء لا يجوز ايضاً . لكن ذكر في التنقيح عن القنية ، وعن العلامة قاسم ، ما يفيد الجواز فيه . ووجهه ان البناء اشبه رقبة الارض في كونه معداً للبقاء لا يقصد قلعه ورفعه بخلاف الزرع وما ماثله . والظاهر ان الغراس الذي لا يعد للقطع والقلع مثل البناء . فاذا كان كله لشخص وباع من آخر نصفه مثلاً ، وآجره نصف الارض لدى حاكم يرى اجارة المشاع ، وحكم بذلك ، او فرغ له عن نصف مشده لو كانت الارض سلطانية ، فإنه يصح كما يظهر من تعليلهم بالضرر ، لأنه لا ضرر في ذلك لأن البايع لم يبق له يد على ارض الحصة المبيعة من الغراس . واذا اراد احدهما قطع حصته يمكنه دفع الضرر عن الآخر بالقسمة ، لأن قسمة الغراس حينئذ ممكنة . ثم ان غالب ما يقع في زماننا أن البناء انما يكون في الارض المحتكرة وفي اراضي القرى السلطانية ، فاذا كانت الارض الحاملة للبناء جارية في تواجر الشريكين في البناء ، وباع احدهما حصته من الآخر بعد ايجاره حصته من الارض المحتكرة ، او فراغه عن مشد مسكته في الارض السلطانية ، ورفع يده عنها ، يجوز البيع كما تقدم ، اذ لا يد للبايع على الارض حتى يكلفه للقلع . واما بيع ذلك لغير الشريك ، فالمنصوص عليه كما تقدم انه لا يجوز ، معللاً بأنه لا يمكن تسليمه الا

بنقض البناء ، وفي ذلك ضرر . لكن ظاهر كلام القنية جوازه مطلقاً ومثله ما تقدم في كلام المؤلف ، يعني صاحب الحامدية ، عن العلامة قاسم . ويؤيده ايضاً انه لا فرق بين الحصة من البناء والحصة من الثوب او العبد . وقد قال شيخ مشايخنا منلا علي التركاني ، بعد نقله عبارة القنية وغيرها : بيع الحصة الشائعة من العمارة يجوز على الاصح، لأنها اشبهت الرقبة . وعلى هذا جرت الفتوى في زمننا بدمشق، والعلامة قاسم ثبت ثقة اه واما الشجر فالغالب فيه ايضاً ان يكون قائماً محترماً في ارض الوقف او بيت المال بالأجرة . فاذا باع الشريك من شريكه وآجره حصته من الارض ، والتزم الشاري بما عليها لجهة الوقف او بيت المال ، فلا ضرر اصلاً . ومثله الزرع .

واما البيع من غير شريكه فإن بلا اذنه لا يجوز ، وإن باع بإذنه فالذي عليه الافتاء في زماننا وقبله ، الجواز . وقد علمت ما حققه الطرسوسي من ان الشريك لو رضي بالبيع للاجنبي له ان لا يرضى بعد الاجازة اذا اراد المشتري القلع ، لأن القلع فيه ضرر عليه ، والانسان لا يجبر على تحمل الضرر . وهذا اذا لم يبق للبايع يد على الارض، والا لم يصح البيع للزوم الضرر على الشريك لو امر البايع المشتري بتفريغ الارض . كذا في التنقيح .

اقول فيه : انه يمكن دفع الضرر بالقسمة لأن المشتري لما استأجر الارض الحاملة لحصة من الغراس صارت قسمة الغراس ممكنة كما كانت ممكنة قبل البيع، فالمشتري قائم مقام البايع ، تأمل .

واما الاحكار التي تدفع عن الارض في كل سنة مبلغ معلوم بلا اجارة شرعية ، فينبغي ان تكون كالمغصوبة ، لأن البناء والغراس يكون مستحقاً للقلع حينئذ . هذا خلاصة ما يفهم من تحرير الطرسوسي في انفع الوسائل . ومما حققه العلامة بن عابدين في كتابيه المذكورين من غرر المسائل

اقول : وما ذكروه من ان الاحكار التي تدفع عن الارض في كل سنة الخ مسلم اذا كان البناء او الغراس موضوعاً في الارض بلا اذن شرعي ، اما لو كانت الارض محتكرة من متولي الوقف مدة للبناء والغراس على وجه البقاء والاحترام ، وقد غرس فيها المستحكر او بنى في تلك المدة بالاذن الشرعي ، ثم مضت مدة الاحتكار ،

وصار يدفع عنها الحكر في كل سنة ، فلا وجه للقول بأن البناء او الغراس مستحق للقلع ، لأن له حق البقاء والقرار مادام يدفع عن الارض اجرة المثل كما هو مقرر ومفتي به ، فيكون بيع الحصة من ذلك الغراس صحيحاً من الشريك بعد فراغه من مشد مسكته في الارض ، اذ لا مطالب له بالقلع ما دام يدفع اجرة مثل الارض لجهة الوقف . اما بيعها من غير الشريك بلا اذنه فغير صحيح لعدم امكان التسليم بدون القلع ، فيتضرر الشريك . وهذا في الغراس ظاهر ، واما في البناء ففيه ما قدمناه من المنصوص عليه ، ومن ظاهر كلام القنية والمنقول عن العلامة قاسم وعن منلا علي التركماني . وعلى هذا العمل في بلادنا لأن كثيراً من الغراسات والأبنية على هذا الوجه ، فاغتنم هذا التحرير المستطاب فكأني بك لا تجده في غير هذا الكتاب ، والحمد لله المنعم الوهاب .

المادة ٢١٦ — ﴿ يصح بيع حق المرور ﴾

وصح بيع حق المرور تبعاً للارض بلا خلاف ، ومقصوداً وحده في رواية (تنوير) وبه اخذ عامة المشايخ (در عن الشمنى) ومثله في الفتح وفي رد المحتار . قال السايحاني : وهو الصحيح وعليه الفتوى (مضمرات) اهـ وفيه عن الفتح : والفرق بينه وبين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه ، هو ان حق المرور حق يتعلق برقبة الارض ، وهي مال وهو عين فما يتعلق به له حكم العين . اما حق التعلي فهو متعلق بالهواء . وهو ليس بعين مال اهـ وفي رواية الزيادات : لا يجوز بيع حق المرور وحده . وصححه الفقيه ابو الليث بأنه حق من الحقوق ، وبيع الحقوق بانفرادها لا يجوز اهـ (درر وانت خبير بأن لفظ « وعليه الفتوى » من اقوى الفاظ الترجيح ، فلا يعدل عنه ، فافهم .

وصورة بيع حق المرور تبعاً للارض ان يكون لرجل حق المرور في ارض غيره الى ارضه ، فباع ارضه مع حق مرورها الذي في ارض الغير . واما بيع رقبة الطريق فصحيح بلا خلاف ، كما يفهم من اطلاق الملتقى والهداية والغرر والتنوير

وغيرها. وكذا هبته سواء حد أي بين له طول وعرض، اولا. انظر المادة(١١٤٥) قال في الدرر : اما الاول فظاهر ، واما الثاني فلا نه اذا لم يبين ، يقدر بعرض باب الدار العظمى ، وعلى التقديرين يكون عيناً معلوماً فيصح بيعه وهبته . وفي الفتح : وطوله الى السكة النافذة اه وقد اشتبه على الشرنبلالي هذا بحق المرور فزعم ان فيه الخلاف الذي تقدم آنفاً ، كما في رد المختار وحاشية ابي السعود . وقوله « يقدر بعرض باب الدار العظمى» قال في رد المحتار : والظاهر ان العظمى صفة لباب ، وانثها لاكتساب الباب التأنيث باضافته الى الدار المؤنثة . ومعناه انه لوكان له دار في داخل دار جاره مثلاً ، وطريق في دار الجار ، فباع الطريق وحده ولم يبين قدره كان للمشتري من دار الجار بعرض باب دار البائع . فلو كان لها بابان الاول اعظم من الثاني ، كان له بقدر الباب الاعظم . هذا ما ظهر . وهو كلام وجيه لأنه اقرب لقطع المنازعة بين المتبايعين . وقد ايده بما في القهستاني: وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها ، وطوله منه الى الشارع اه وفي الفتح : ولو قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقاً الى داري هذه الداخلة ، فسد البيع . ولو قال الا طريقاً الى داري الداخلة ، جاز ، وطريقه بعرض باب الدار الخارجة اه وما في الدرر عن التتارخانية : الطرق ثلاثة : طريق الى الطريق الاعظم ، وطريق الى سكة غير نافذة ، وطريق خاص في ملك انسان . فالطريق الخاص في ملك الانسان لا يدخل في البيع من غير ذكره ، اما نصاً او بذكر الحقوق او المرافق . والطريقان الآخران يدخلان في البيع من غير ذكر اه المراد من لفظ الطريق طريق فيه حق المرور كما في حاشية الشرنبلالى ، فهو بمعنى التطرق فإلى الجارة بعده متعلقة به ، وما في رد المحتار من الاعتراض على الشرنبلالي ليس بشيء .

واعلم ان بيع رقبة الطريق انما يصح اذا كان مملوكا للبائع بملك خاص كما اذا كانت داره داخل دار رجل ، وكان له طريق في دار ذلك الرجل الى داره ، فاذا باع رقبته صح فإن حد فظاهر والا فله بقدر عرض باب الدار . واما اذا كانت غير مملوكة بملك خاص بل مع جماعة كسكة غير نافذة فيها دور لخمسة مثلا فلو اجتمع الخمسة على بيعها او قسمتها بينهم لا يجوز ، لأنها وان كانت ملكا لهم

ظاهراً ، لكن للعامة فيها نوع حق . ولو باع احدهم نصيبه منها فالبيع جائز وليس للمشتري المرور فيها الا ان يشتري دار البايع (رد المحتار ملخصاً) فرع في الخانية: باع نخلة في ارض صحراء بطريقها من الارض ولم يبين موضع الطريق ، قال ابو يوسف : يجوز ، وله ان يذهب الى النخلة من اي النواحي شاء . اه فأفاد جواز بيع الطريق تبعاً ، وان لم يكن له ما يقدر به ، تأمل (رد المحتار)وفيه ان هذا بيع حق المرور لا رقبة الطريق ، والا لزم ان يكون محدوداً معيناً معلوماً كما تقدم ، تأمل .

﴿ وحق الشرب ﴾

بيع الشرب تبعاً للارض يجوز بالاجماع ، ووحده في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ ، لأنه نصيب من الماء اه (درر) لكن في التنوير وشرحه الدر المختار من الشرب : ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به ، لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى اه ومحل الاجماع في صحة بيعه تبعاً للأرض ، ما اذا كان شرب الارض التي بيع تبعاً لها ، فلو شرب غيرها ، ففيه اختلاف المشايخ ، كما في الفتح والنهر وعلى القول بعدم صحته مقصوداً كما هو ظاهر الرواية ، هل يكون بيعه فاسداً او باطلاً ؟ الصحيح انه فاسد ، كما في الفتح . قال في الخانية : وينبغي ان يكون فاسداً لا باطلاً ، فيملك بالقبض ، فاذا باعه بعده ، اي مع ارض له ، ينبغي ان يجوز اه مختصراً — اي ويمتنع الفسخ . واما ضمانه بالاتلاف بأن يسقي ارضه بشرب غيره ، فهو احدى الروايتين ، والفتوى على عدمه ، كما في الذخيرة ، وهو الاصح كما في الظهيرية ، وتمامه في النهر اه (رد المحتار) .

﴿ والمسيل تبعاً للارض ﴾

يحتمل ان يكون المراد بيع رقبة المسيل ، ولهذا لم يكرر لفظة « حق » كما كررها قبل ، فهو معطوف على المضاف ، وهو «حق» . ويحتمل ان يكون المراد بيع حق التسييل فهو معطوف على المضاف اليه ، وهو «الشرب» . وكلا المرادين صحيح فإن كلاً من بيع رقبة المسيل وبيع حق التسييل ، لا يجوز الا تبعاً ، كأن يكون لرجل ارض لها مجرى ماء في ارض اخرى فيبيع رقبة المجرى تبعاً للارض الاولى

او تكون له دار لها حق التسييل على اسطحة دار اخرى او على ارض دار اخرى ، فيبيع حق التسييل تبعاً للدار الاولى . فالبيع في الوجهين صحيح . واما بيع ما ذكر من رقبة المسيل او حق التسييل مقصوداً وحده فلا يجوز : باتفاق المشايخ . اما عدم جواز بيع رقبة المسيل فلجهالته ، كما في الدر المختار . ولهذا قال في الهداية ووجه الفرق بينه و بين رقبة الطريق ، حيث يجوز بيعه مقصوداً ، ان الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً كما مر ، واما المسيل فمجهول لا يدري قدر ما يشغله من الماء اه قال في الفتح : ومن هنا عرف ان المراد ما اذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل ، اما لو بين حد ما يسيل فيه الماء ، او باع ارض المسيل من نهر او غيره من غير اعتبار التسييل ، فهو جائز بعد ان بين حدوده اه واما عدم جواز بيع حق التسييل فلجهالة محله ان كان على الارض ، ولأنه كحق التعلي ان كان على السطح ، كما في الدرر والدر . وكذا قال في الفتح : ووجه الفرق بينه وبين حق المرور على رواية جواز بيعه مقصوداً ، ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ، اما حق التسييل فإن كان على السطح فهو نظير حق التعلي ، وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ، وقد مر وجهه . وان كان على الارض ، وهو ان يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيجره على ارض غيره ، فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه اه ملخصاً . وقوله « تبعاً للارض » اي او الدار ونحوها ، وهو قيد للثلاثة قبله ، لكنه غير احترازي بالنسبة لحق المرور لصحة بيعه مقصوداً وحده على ما عليه الفتوى ، كما تقدم .

﴿ والماء تبعاً لقنواته ﴾

يعني انه يجوز بيع الشرب الذي هو نصيب من الماء تبعاً للارض التي تسقى به ، كذلك يجوز بيعه تبعاً لمجراه ، وهو النهر ، بعد بيان حدوده . وهذا نظير ما اذا باع رقبة الطريق مع حق المرور فيه . فإن قلت : قد تقدم ان بيع رقبة المسيل قصداً لا يجوز ، فكيف جاز بيع رقبة المجرى ، وهو النهر ؟ قلت : عدم جواز بيع رقبة المسيل لجهالته كما تقدم ، لأنه لا يدري مقدار ما يشغله من الماء . وهذا بخلاف النهر الموجود فيه الماء فانه معين الحدود مشاهدها ، حتى ان رقبة المسيل اذا

بيّنت حدودها يجوز بيعها مقصوداً ايضاً ، كما قدمناه قريباً عن الفتح . ثم اعلم ان صحة بيع الشرب وحق المرور والمسيل والماء المذكورات تبعاً للارض او القناة ، مشروط فيما اذا لم يكن لها قسط من الثمن المعين لمتبوعها ، بأن يقول بعتك هذه الارض بألف مع شربها ، او هذا المجرى بألف مع مائه . اما لو قال بعتك هذه الارض بألف ومعها شربها بمائة ، او هذا المجرى بألف ومعه ماؤه بمائة ، او قال بعتك هذه الارض وشربها بألف ، فإنه لا يجوز بيع الشرب والماء ، لأن بيعه صار مقصوداً لا تبعاً . ولو قال بعتك هذه الارض او هذا المجرى بألف و بعتك شربها او ماءه ، اختلفوا هل يجوز بيع الشرب والماء ام لا ؟ بعضهم قال لا يجوز لأن الشرب صار مقصوداً في البيع بسبب تكرار « بعتك » وبعضهم قال يجوز لانه بقي تبعاً حيث لم يذكر له ثمناً ، واتفقوا انه اذا لم يكرر لفظ البيع بأن قال بعتك بألف ارضي وشربها او نهري وماءه يجوز البيع لانتفاء كون الشرب والماء اصلاً من كل الوجوه . كذا في شرح العلامة بن الشحنة على الوهبانية عند قول ناظمها :

وبعتك ارضي ذي و بعتك شربها ... بألف فمنعٌ دون خلف محرر

❊ تتمة ❊

في الاشباه ما نصه : الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها ، كحق الشفعة . فلو صالح عنها بمال بطلت ورجع بالمال ، ولو صالح المخيرة بمال تختاره بطل ولا شيء لها ، ولو صالح احد زوجتيه بمال عن نوبتها لم يلزم ولا شيء لها ، هكذا ذكروه في الشفعة . وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف في الاوقاف . وخرج عنها حق القصاص وملك النكاح وحق الرق ، فإنه يجوز الاعتياض عنها ، كما ذكره الزيلعي في الشفعة . والكفيل بالنفس اذا صالح المكفول له بمال ، لم يصح ولم يجب ، وفي بطلانها روايتان اه وذكر في محل آخر منها اي الاشباه كالحموي والبيري وغيرهما ، ان عدم جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة ليس على اطلاقه ، بل فيه التفصيل : وهو ان ذلك الحق المجرد ان كان الشرع جعله لصاحبه لأجل رفع الضرر عنه ، كحق الشفعة ، وحق القسم للزوجة ، وحق الخيار للمخيرة ، فالاعتياض

عنه بمال لا يجوز ، لأن حق الشفعة للشفيع ، وحق القسم للزوجة ، وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة . انما ثبت لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة ، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه ، لأن صاحب الحق لما رضي علم انه لا يتضرر بذلك ، فلا يستحق شيئاً وان كان ذلك الحق قد ثبت لصاحبه اصالة لا على وجه رفع الضرر كالوظيفة في وقف من امامة وخطابة واذان وفراشة وبوابة ، فإن صاحبها قد ثبت له هذا الحق بتقرير القاضي على وجه الاصالة ، لا لاجل رفع ضرر عن صاحبه ، فينبغي ان يصح الاعتياض عن تلك الوظيفة بمال يأخذه الفارغ ، وهو صاحب الوظيفة ، من المفروغ له . لأنه صلحٌ عن حق الحاقاً له بالاعتياض عن القصاص بمال ، وبالاعتياض عن النكاح بمال ، وما اشبه ذلك . وانه اذا فرغ صاحب الوظيفة عن وظيفة لرجل بمال معلوم قبضه من المفروغ له ، ولم يوجه السلطان تلك الوظيفة للمفروغ له ، بل ابقاها على الفارغ او وجهها لغيرهما . ينبغي ان يثبت الرجوع للمفروغ له على الفارغ بما دفعه له من بدل الفراغ . لأنه لم يرض بدفعه له الا بمقابلة ثبوت ذلك الحق له . وانه قد افتى بذلك في الحامدية والاسماعيلية وغيرهما قالوا : لأنه اذا لم يسغ له الرجوع ببدل الفراغ والحالة هذه يلزم اجتماع العوضين في تصرف الفارغ . وهو خلاف قواعد الشرع . ومما ينبغي التنبه له ان الاعتياض المذكور عن الحقوق المذكورة بمال يأخذه الفارغ ليس هو من قبيل البيع ، لأن البيع مبادلة المال بالمال ، وليست الحقوق المجردة مالاً متقوماً حتى يصح بيعها ، وانما هو نزول عن ذلك الحق الثابت له للغير بمال معلوم ، افتى بعض المتأخرين من العلماء بجوازه ، فمنهم من استند في جوازه الى انه قد تعورف ذلك في بعض البلدان ، والعرف الخاص قد اعتبره كثير من العلماء ، ومنهم من استند في ذلك الى الحاقه بنظائره المنصوص على جواز اخذ البدل فيها كحق القصاص وحق النكاح وحق الرق ، فإنه قد جاز اخذ البدل فيها مع انها حقوق ، فالحق بها النزول عن الوظائف . ومثلها مشد المسكة في الاراضي الميرية او الموقوفة ، فإنها كناية عن كراب الارض وحرثها وكري انهارها ، فهي ليست بمال متقوم ، سميت مسكة لان صاحبها صار له حق التمسك بها بحيث لا تنزع من يده ما لم يعطلها ثلاث سنوات ، فلا

تملك ولا تباع ولا تورث وانما توجه على من عينه السلطان في قانونه . فجعلوا النزول عنها للغير فراغاً يعني ان صاحبها اذا اراد ان ينزل عنها لغيره بمال معلوم جعلوا ذلك بطريق الفراغ كالنزول عن الوظائف . ولهذا الفراغ قواعد واحكام قد ذكرت منفصلةً موضحة في قانون الاراضي الذي اصدرته الدولة العثمانية وقد افتى باحكامها المرعية علماؤها الاعلام قديماً وحديثاً ، ومنهم علامة الوجود مفتي الثقلين ابو السعود رحمه الله تعالى . ومن اراد الزيادة على ما ذكرناه فعليه برد المحتار من اوائل كتاب البيوع ، وتنقيح الحامدية من باب مشد المسكة فإنه يرى فيها من فرائد الفوائد ما هو من اجل العوائد . اقول . وعلى ما ذكروه من جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة بالمال ينبغي ان يجوز الاعتياض عن حق التعلي وعن حق الشرب وعن حق المسيل بمال ، لأن هذه الحقوق لم تثبت لاصحابها لأجل دفع الضرر عنهم ، بل ثبتت لهم ابتداء بحق شرعي . فصاحب حق العلو اذا انهدم علوه قالوا ان له حق اعادته كما كان جبراً عن صاحب السفل ، فإذا نزل عنه لغيره بمال معلوم ينبغي ان يجوز ذلك على وجه الفراغ والصلح ، لا على وجه البيع ، كما جاز النزول عن الوظائف ونحوها . لا سيما اذا كان صاحب حق العلو فقيراً قد عجز عن اعادة علوه فلو لم يجز ذلك له على الوجه الذي ذكرناه ، يتضرر . فليتأمل وليحرر ، والله سبحانه اعلم .

ج-٢

(الفصل الثالث)

« في بيان المسايل المتعلقة بكيفية بيع المبيع »

المادة ٢١٧ - ﴿ كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلاً ووزناً وعدداً وذرعاً يصح بيعها جزافاً ايضاً . مثلاً لو باع صبرة حنطة او كوم تبن او آجر او حمل قماش جزافاً صح البيع ﴾

بعد ان يكون مميزاً مشاراً اليه ، لأن المبيع اذا لم يكن معروف القدر والوصف فلا بد ان يكون مشاراً اليه ، كما هو ظاهر . ثم يشترط لصحة بيع الربوي من هذه الاشياء ، اعني المكيلات والموزونات ، مجازفةً ، شرطان : الاول ان تباع بخلاف جنسها ، والاّ فلا يجوز البيع ، لاحتمال التفاضل — الا اذا ظهر تساويهما في المجلس (بحر) ولا يشترط ذلك في غير الربوى ، لأن الفضل فيه لا يحرم

الشرط الثاني : ان لا يكون راس مال سلم ، والا فلا يجوز بيعه مجازفة لاحتمال ان يتفاسخا السلم ، فيرد المسلم اليه دفع ما اخذه ، ولا يعرف الا بمعرفة القدر ، فافهم .

المادة ٢١٨ = ﴿ لو باع حنطة على ان بكيلها بكيل معين او يزنها بحجر معين صح البيع وان لم يعلم مقدار الكيل وثقل الحجر ﴾

المراد بالكيل المعين اناء لا يعرف مقداره كيلاً ، و بالحجر ما لا يعرف مقداره وزناً ، وهذا البيع في الحقيقة من بيع المجازفة ، كما صرح به في الدر المختار . لأنه وان كان على صورة الكيل والوزن ، لكنه ليس به حقيقةً (رد المحتار عن النهر)

م - ٢

وقوله « صح البيع » اي جاز غير لازم ، لأن المشتري له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار كشف الحال ، كذا في البحر .

وفيه عن السراج : و يشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الاناء والحجر على حالها ، فلو تلفا قبل التسليم ، فسد البيع ، لأنه لا يعلم مبلغ ما باعه منه اه ثم انه يشترط لصحة هذا البيع تسليم المبيع في المجلس ، ولهذا لا يجوز في السلم ، لأن التسليم فيه متأخر الى حلول الأجل ، فيحتمل هلاكه ، والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة (افاده الزيلعي) ثم قال : وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف . واما اذا كان ينكبس كالزنبيل ، فلا يجوز الا في قرب الماء ، استحساناً ، للتعامل . روي ذلك عن ابي يوسف . وكذا اذا كان الحجر تتفتت ، وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف ، كالخيار والبطيخ اه لكن قال في الفتح : وهذا ، يعني اذا باعه بوزن شيء يخف الخ ، ليس بشيء لأنه حيث اشترط لصحة هذا البيع تعجيل التسليم ، يعني في المجلس ، فلا جفاف يوجب نقصاناً في هذا الزمان اه ملخصاً .

المادة ٢١٩ — ❊ كلما جاز بيعه منفرداً جاز استثناؤه من البيع مثلاً لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً على انه له صح البيع ❊

ولو كان الثمر على رؤس النخل ، لأن المبيع معلوم بالاشارة ، والمستثنى معلوم بالعبارة ، و به قالت الائمة الثلاثة . كذا في شرح العيني على الكنز ، ومثله في الزيلعي . واما ما في الهداية من عدم جواز البيع لجهالة المبيع ، فهو رواية الحسن عن ابي حنيفه . والاول مخرج على ظاهر الرواية . ومحل الخلاف ما اذا استثنى معيناً ، فإن استثنى جزءاً كربع وثلث ، فإنه صحيح اتفاقاً (بحر عن البدايع) وهذا كما لو باع صبرة الا صاعاً منها ، او دناً من خل او دهن الا عشرة امناء . وكذلك لو كان عددياً متقارباً جاز البيع (كذا في الهندية) ونظيره بيع شاة معينة من القطيع ، فإنه يجوز ، فكذا استثناؤها . ولو كانت مجهولة بأن باع شاة بغير عينها

لا يجوز ، فكذا استثناؤها . وعلى هذا اطراف الحيوان واوصاف المبيع اه (زيلعي) ولو قال بعتك داري هذه بعشرة آلاف درهم الا هذا البيت ، جاز البيع بجميع الثمن فيما سوى البيت (انقروي) ولو قال بعتك هذه الدار الا طريقاً منها من هذا الموضع الى باب الدار ، ووصفَ الطول والعرض ، جاز البيع ، شرطَ الطريق لنفسه او لغيره اه (خانية).

ولو استثنى منه ما لا يجوز افراده بالعقد ، لا يصح استثناؤه . كما لو باع جاريةً الا حملها ، او شاةً الا عضواً منها ، او قطيعاً من الغنم الا شاة ، او سيفاً محلى الا حليته ، لم يجز (هندية) وفيها عن القنية : ولو باع بناء او داراً واستثنى ما فيه من الخشب ، او استثنى ما فيه من اللبن والآجر والتراب يجوز اذا اشتراه للنقض اه وفيها عن المحيط: ولو قال هذه المائة شاة لك بمائة درهم الا نصفها ، فإن النصف بمائة درهم . ولو قال : ولي نصفها ، كان النصف بخمسين درهماً اه وفيها ايضاً : اذا قال الرجل لغيره بعتك هذا العبد بألف درهم الا نصفه بخمسماية درهم ، فالبيع جائز في جميع العبد بألف وخمسماية . وكذا لو قال الا نصفه بماية درهم ، فالعبد كله للمشتري بألف ومائة درهم اه وتمام هذه المسائل فيها .

المادة ٢٢٠ — ❋ بيع المعدودات صفقة واحدة مع بيان ثمن كل فرد وقسم منها صحيح ❋

ليس المراد بالمعدودات هنا ما قابل المكيلات والموزونات ، بل كلما كان من المبيع متعدداً باعتبار افراده واقسامه او اجزائه ، بدليل الأمثلة الآتية ، سواء كان مثلياً او قيمياً ، فافهم .

❋ مثلاً لو باع صبرة حنطة او وسق سفينة من حطب او قطيع غنم او قطعة من جوخ على ان كل كيل من الحنطة او قنطار من الحطب او رأس من الغنم او ذراع من الجوخ بكذا صح البيع ❋

لا يخفى ما فيه من اللف والنشر المرتب ، يعني لو باع صبرة حنطة على ان كل

كيل من الحنطة بكذا ، يصح البيع في كل الصبرة و يلزم المشتري ان يدفع القيمة بنسبة عدد كيولها على ما سمى ، سواء سمى وقت العقد عدد كيول الصبرة او لم يسم وسواء علم عدد الكيول في مجلس العقد او لم يعلم ، كما يعلم من الدر المختار وحواشيه و هكذا يقال في بقية الامثلة ، واشار بتعدادها الى انه لا فرق في صحة البيع في الكل بين ان يكون المبيع مثلياً او قيمياً ، حتى ولا فرق اذا كان من العدديات بين ان يكون من العدديات المتقاربة او المتفاوتة ، فإن البيع صحيح في جميعها بلا خيار للمشتري ، كما يفيده اطلاق هذه المادة ، وبه صرح في رد المحتار نقلاً عن البدائع وغيرها ، وسيأتي عن القهستاني ، ومثله في الدر المنتقى . ومن نقل عن مجمع الأنهر ثبوت الخيار للمشتري على قولها ، فقد اخطأ في النقل ، فافهم .

وهذا قول الامامين و بقولهما يفتى ، لا لضعف دليل الامام ، بل تيسيراً على الناس (طحطاوي) ومثله في رد المحتار عن مواهب الرحمن . ثم قال : وعبارة القهستاني : واما عندهما ، فنفذ البيع في الكل في الصورتين اي صورة المثلي والقيمي ، بلا خيار للمشتري ان رآه ، وعليه الفتوى كما في المحيط وغيره اه وحيث اختارت المجلة قولهما تيسيراً للناس ، فلا حاجة الى ذكر قول الإمام رحمه الله تعالى وما فيه من التفصيل . وفي الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري ما نصه : ولو قال بعتك هذا القطيع كل شاتين منه بعشرين درهماً وسمى جملته مائة ، لا يجوز البيع في الكل بالاجماع . وان وجده كما سمى يعني وان علم الجملة في المجلس واختار البيع فإنه لا يجوز لأن ثمن كل واحدة مجهول لأن حصة كل واحدة من الثمن انما تعرف اذا ضمت اليها اخرى ، ولا يدري اي شاة يضم اليها : فإذا ضم اليها اردى منها يكون حصتها اكثر ، وان ضم اليها اجود منها تكون حصتها اقل ، فلهذا لا يجوز اه تأمل .

المادة ٢٢١ ✻ كما يصح بيع العقار المحدود بالذراع والجريب ✻

بأن يبيع هذه الارض كل ذراع او كل جريب منها بكذا ، فإن البيع يجوز في كل الارض كل ذراع او كل جريب بما سمي له من الثمن عند الامامين ، كما في

الهندية ، وتقدم في المادة (٢٢٠)

✻ يصح بيعه بتعيين حدوده ✻

بأن يبيعه هذه الارض المحدودة كذا وكذا من جوانبها الأربعة بكذا ، فإن البيع ايضاً صحيح كبيع المكيلات والموزونات جزافاً ، كما صرحت به المادة (٢١٧)

المادة ٢٢٢ - ✻ انما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره ✻

فما زاد على القدر المعين في عقد البيع لا يدخل في العقد ، فيكون للبايع (طحطاوي وبحر) وهذه المادة ذكرت تمهيداً وتعليلاً لما يذكر بعدها من المواد الآتية ، ومفاده ان المعتبر ما وقع عليه العقد من العدد ، وان كان ظن البائع او المشتري انه اقل او اكثر ، ولذا قال في القنية : عد الكواغد فظنها اربعة وعشرين واخبر البايع به ، ثم اضاف العقد الى عينها ولم يذكر العدد . ثم زادت على ما ظنه ، فهي حلال للمشتري .

ساومه الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستماية درهم فغلطوا وحاسبوا المشتري بخمسماية و باعوها منه بالخمسماية ، ثم ظهر ان فيها غلطاً ، لا يلزمه الا خمسماية

افرز للقصاب اربع شياه فقال بائعها هي بخمسمائة كل واحدة بدينار وربع ، فجاء القصاب بأربعة دنانير فقال : هل بعت هذه بهذا القدر ؟ والبايع يعتقد انها خمسة ، صح البيع — قال : وهذا اشارة الى انه لا يعتبر ما سبق ان كل واحدة بدينار وربع اه واقره في البحر ، كذا في رد المحتار .

المادة ٢٢٣ = ✻ المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر اذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع ✻

اي بلا خلاف ، وهذه المادة مقابلة للمادة (٢٢٢) فإن في تلك لم يبين فيها الجملة ، وتقدم ان فيها خلاف الامام الاعظم . وافرد هذه بالذكر مع ان

الحكم واحد في المأذنين ، وهو الصحة في الكل على قول الإمامين المفتى به لما في هذه من البيان والتفصيل الآتي ذكره

﴿ سواء سمي ثمنها فقط او بين وفصل لكل كيل او فرد او رطل منها ثمن على حدة الا انه اذا وجد عند التسليم تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع ﴾

لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء الرضى (در منتقى) واعلم ان تخيير المشتري مقيد بما اذا لم يقبض المشتري شيئاً من المبيع ، او قبض البعض . اما لو كان قبض الكل فلا خيار بل يلزم البيع و يسقط من الثمن حصة ما نقص ، لانه بمنزلة الاستحقاق ، كما في الدر المنتقى ومجمع الأنهر والبحر عن الخانية ، وعبارتها هكذا: رجل اشترى عشرة اقفزة فاستحق بعضها قبل القبض ، خير المشتري لتفرق الصفقة . وان استحق بعد القبض ، لا يخير . وكذا اذا اشترى مكيلاً او موزوناً على الذكر فوجده ناقصاً ، جاز البيع في الباقي . وهل يخير المشتري ان لم يكن قبض المبيع ، او كان قبض البعض ؟— يخير : ان شاء اخذ ، وان شاء ترك . وان كان قبض الكل ، لا خيار له ، وهو بمنزلة الاستحقاق اه فما في رد المحتار عن النهر من الاعتراض عليه بأن الموجب للتخيير انما هو تفريق الصفقة ، وهذا القدر ثابت فيما لو وجد بعد القبض ناقصاً اه لا يلتفت اليه ، لأنه بحث فلا يصادم المنقول . على ان ما في الخانية قد افاد ان تفريق الصفقة انما يوجب التخيير اذا كان قبل القبض لا بعده ، كما في مسئلة الاستحقاق ، فتدبر .

﴿ فرع ﴾

في الخانية : رجل عنده حنطة او مكيل آخر او موزون ، ظن انها اربعة آلاف من ، فباعها من اربعة نفر لكل واحد منهم الف من بثمن معلوم ، ثم وجده ناقصاً ، قال بعضهم لهم الخيار ان شاءوا اخذوا الموجود بحصته من الثمن ، وان شاءوا تركوا . والصحيح ما قاله بعضهم ان الجواب فيه على التفصيل : ان باع منهم جملة ، فكذلك . وان باع منهم على التعاقب ، فالنقصان على الآخر دون الأولين ،

وهو بالخيار ان شاء اخذها ، وان شاء ترك اه

❊ وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن ❊

لأن الثمن فيما ذكر من الكيلي والعددي المتقارب والوزني الذي لا يضره التبعيض ، ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع (افاده ابو السعود على شرح مسكين)

❊ واذا ظهر زايداً فالزيادة للبايع ❊

لما تقدم في المادة (٢٢٢) من انه انما يعتبر القدر الذي يقع عليه العقد ، لا غيره . وقد وقع العقد على قدر معين ، فما زاد لم يدخل في العقد قال في النهر : وقيده الزاهدي بما لا يدخل تحت الكيلين او الوزنين . اما ما يدخل ، فلا يجب رده . واختلف في قدره ، فقيل : نصف درهم في مايـة لا حكم له . وعن ابي يوسف : دانق في عشرة كثير . وقيل : ما دون حبة في دينار عفو ، وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف من اه

❊ مثلاً لو باع صبرة حنطة على انها خمسون كيلةً او على انها خمسون كيلة كل كيلة منها بعشرة قروش بخمسماية غرش ❊

المراد ان يسمى جملة كيول الصبرة وجملة الثمن ، سواء فصله على افراد الكيول ام لا . وانظر ما لو سمى جملة الكيول فقط ولم يسمّ جملة الثمن بل اقتصر على التفصيل بأن قال : بعتك هذه الصبرة على انها خمسون كيلة كل كيلة منها بعشرة قروش . والظاهر ان الحكم كذلك ، لأن المناط تسمية جملة المبيع ، وليحرر .

وقيد بكون البيع مكايلة لأنه لو اشترى حنطة مجازفة في البيت ، فوجد تحتها دكانا ، خير بين اخذها بكل الثمن او تركها . وكذا لو اشترى بئراً من حنطة على انها كذا وكذا ذراعاً ، فاذا هي اقل .

واذا كان المبيع طعاماً اي حنطة في حب فاذا نصفه تبن يأخذه بنصف الثمن ، لأن الحب وعاء يكال فيه ، فصار المبيع حنطة مقدرة ، والبيت والبئر لا يكال بهما (كذا في رد المحتار عن البحر)

❊ فظهرت وقت التسليم خمسين كيله لزم البيع وان ظهرت

خمسة واربعين كيلة فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ الخمسة واربعين كيلة بار بعماية وخمسين غرشاً وان ظهرت خمسة وخمسين كيلةً فالخمس كيلات الزائدة للبائع · وكذا لو باع سفط بيض على انه مائة بيضة ، او على انه ماية بيضة كل بيضة بنصف قرش بخمسين قرشاً فان ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ تسعين بيضة بخمسة واربعين قرشاً واذا ظهرت ماية وعشرة بيضات فالعشرة الزائدة للبايع · وكذلك لو باع زق سمن على انه ماية رطل يكون الحكم على هذا الوجه المشروح ✵

وان اختلف البايع والمشتري فقال البايع سلمته تاماً وقال المشتري ناقصاً ، فالقول للمشترى في النقصان · وان وزنه او كاله او عده له البايع ، ما لم يقر بأنه قبض منه المقدار الذي يدعيه البايع ، كما في رد المحتار عن النهر ·

المادة ٢٢٤ = ✵ لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعيضها ضرر وبين قدره وذكر ثمن مجموعه فقط وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى ✵

لأن الوزن فيما يضره التبعيض وصفٌ للمبيع ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فصار النقصان عبارةً عن فوات وصفٍ مرغوبٍ فيه ، وفوات الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن المعين ، بل يخير المشتري فقط · والضابط في المقدار والمذروع بين ما كان منه اصلاً في المبيع او وصفاً له ، أن المقدار في المثليات من مكيلٍ او موزون اصلٌ في المبيع فيقابله شيء من الثمن ، الا اذا كان فيما يضره

التبعيض فيكون وصفاً فلا يقابله شيء من الثمن . والذرع في القيميات من ارض او ثوب او غيرهما وصفٌ له فلا يقابله شيء من الثمن ، الا اذا كان فيما لا يضره التبعيض كالجوخ والكرباس ما لا تتفاوت جوانبه واطرافه ، فيكون اصلاً فيقابله شيء من الثمن . وهذا كله اذا لم يكن المقدار والذرع مقصوداً بتناول المبيع له ، فإن كان كذلك كان اصلاً مطلقاً ، وذلك بأن يجعل لكل رطل اولكل ذراع مثلاً ثمناً ، فصار كأنه جعل كل ذراع مبيعاً . هذا ملخص ما في الدر والهداية والملتقى وشروحه والدر المختار وحواشيه، فليحفظ اذ عليه تنبني المواد الآتية .

❋ وان وجد زائداً عن القدر الذي بينه فالزياده للمشتري ولا خيار للبايع ❋

كما تقرر آنفاً من ان الوزن في مثل هذا وصفٌ والوصف لا يقابله شيء من الثمن ما لم يكن مقصوداً بتناول المبيع له ، فصار كما لو باعه على انه معيب فوجده سليماً ، فان المشتري يأخذه بالثمن المسمى ولا خيار للبايع ، لأن السلامة وصف لا يقابلها شيء من الثمن (هداية ومجمع الأنهر)

❋ مثلا لو باع فص الماس على انه خمسة قراريط بعشرين الف قرش ، فاذا ظهر اربعة قراريط ونصفاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ الفص بعشرين الف قرش واذا ظهر خمسة قراريط ونصفاً اخذه المشتري بعشرين الف قرش ولا خيار للبايع في هذه الصورة ❋

قيل : ومثل هذا ما في الهندية : لو طلب رجلٌ من آخر ان يبيع منه اشجاراً في ارضه للحطب ، فاتفقا على رجال من اهل البصر لينظروا الى الاشجار كم يكون منها من الأوقار ، فاتفقوا على ان هذه الاشجار خمسة وعشرون وقراً من الحطب ، فاشتراها بثمن معلوم ، فلما قطعها كانت اكثر من خمسة وعشرين وقراً فأراد البايع ان يمنع الزيادة عن المشتري ، ليس له ذلك اه وفيه ان الظاهر من عبارة

الهندية المذكورة ، ان البيع وقع على الحطب مجازفةً ، لا على انه خمسة وعشرون وقراً ، وقد قدمنا في شرح المادة (٢٢٢) انه اذا اضاف العقد الى عين المبيع ولم يذكر العدد ثم زاد على ما ظنه ، فهي حلال للمشتري اه فليس ما في الهندية مما نحن فيه وان كان الحكم صحيحاً ، فافهم وانظر ما سنذكره في شرح المادة (٢٢٦) عن البحر .

المادة ٢٢٥ — ﴿ اذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر مع بيان مقداره وبيان اثمان اقسامه واجزائه وتفصيلها فاذا ظهرت وقت التسليم زائداً او ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المجموع بحساب الثمن الذي بينه وفصّله لاجزائه واقسامه ﴾

لأنه لما بين اثمان اجزاء المبيع بحيث جعل لكل مقدر برطل او قيراط او نحوه من المبيع ثمناً ، فقد صار المقدار مقصودا بتناول المبيع له، وقد تقدم فيما قررناه في شرح الفقرة الأولى من المادة السابقة ان المقدار او الذرع اذا كان مقصوداً بتناول المبيع له يكون اصلاً فيقابله شيء من الثمن

﴿ مثلا لو باع منقلاً من النحاس على انه خمسة ارطال كل رطل باربعين قرشاً فظهر المنقل اربعة ارطال ونصفاً او خمسة ارطال ونصفاً فالمشتري بالخيار في الصورتين ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المنقل بماية وثمانين قرشاً ان كان اربعة ارطال ونصفاً وبمايتين وعشرين قرشا ان كان خمسة ارطال ونصفاً ﴾

وانما خير المشتري في الصورتين لأنه في صورة النقصان يتضرر بتفريق الصفقة عليه ، وفي صورة الزيادة يلزمه الزيادة في الثمن ، فكان فيه نفع يشوبه

ضرر فيخير ، وليس له ان يأخذ القدر المسمى و يترك الزائد ، لأن التبعيض يضره بخلاف الصبرة (ز يلعي) .

المادة ٢٢٦ ✻ اذا بيع مجموع من المذروعات سواء كان من الاراضي او من الامتعة والاشياء السائرة ✻

من كل ما يتعيب بالتبعيض والزيادة والنقصان

✻ و بين مقداره وجملة ثمنه فقط او فصل اثمان ذرعانه ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضررٌ واما الامتعة والاشياء التي ليس في تبعيضها ضرر كالجوخ والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات مثلاً لو بيعت عرصة على انها مابة ذراع بألف قرش فظهر انها خمسة وتسعون ذراعاً فالمشتري مخير ان شاء تركها وان شاء اخذ تلك العرصة بالف قرش ✻

لأن القدر، اذا لم يكن مقصوداً بتناول المبيع له، وصفٌ للمبيع فلا يقابله شيء من الثمن، فصار النقصان عبارة عن فوات وصف مرغوب فيه، كما لو اشترى عبداً على انه كاتب فظهر غير كاتب كما تقدم .

✻ واذا ظهرت زائدة اخذها المشتري ايضاً بألف قرش فقط ✻

بلا خيار للبائع ، كما لو باعه على انه معيب فوجده سليماً . وهل تحل له الزيادة ديانة ؟ — فيه خلاف . نقله في البحر عن المعراج . قلت : وظاهر اطلاق المتون اختيار الحل (رد المحتار)

✻ وكذا لو بيع ثوب قماش على انه يكفي قباء وانه ثمانية اذرع بار بعمابة قرش فظهر سبعة اذرع خير المشتري ان شاء تركه وان شاء

اخذه بار بعماية قرش وان ظهر تسعة اذرع اخذه المشتري بتمامه بار بعماية قرش ايضاً ❋

لما تقرر آنفاً . وفي البحر عن العمدة : لو اشترى حطباً على انه عشرون وقراً فوجده ثلاثين، طابت له الزيادة ، كما في الذرعان . قال في البحر : وهو مشكل و ينبغي ان يكون من قبيل القدر لأن الحطب لا يتعيب بالتبعيض فينبغي ان تكون الزيادة للبايع ، خصوصاً ان كان من الطرفا التي تعورف وزنها بالقاهرة اه كذا في رد المحتار . اقول : وفيه ان البيع قد وقع على عدد مخصوص من الأوقار فلا يكون من قبيل القدر بل من قبيل العددي المتفاوت الآحاد فيكون البيع فاسداً في حالتي الزيادة والنقصان كما سيأتي في المادة (٢٢٧) تأمل .

❋ كذلك لو بيعت عرصة على انها ماية ذراع كل ذراع بعشرة قروش فظهرت خمسة وتسعين ذراعاً او مائة وخمسة اذرع خير المشتري ان شاء تركها وان شاء اخذها اذا كانت خمسة وتسعين ذراعاً بتسعماية وخمسين قرشاً واذا كانت ماية وخمسة اذرع بألف وخمسين قرشاً . وكذا اذا بيع ثوب قماش على انه يكفي لعمل قباء وانه ثمانيه اذرع كل ذراع بخمسين قرشا فاذا ظهر تسعة اذرع او سبعة اذرع كان المشتري مخير ان شاء ترك الثوب وان شاء اخذه اذا كان تسعة اذرع باربعماية وخمسين قرشاً وان كان سبعة اذرع بثلاثماية وخمسين قرشاً ❋

قيد الزيادة والنقصان بكونها ذراعاً احترازاً عما اذا كانت اقل من ذراع ، كما لو ظهر الثوب في مسئلتنا ثمانية اذرع ونصفاً او سبعة اذرع ونصفاً فإنه يأخذه في صورة الزيادة بأربعماية قرش بلا خيار ، وفي صورة النقص بثلاثماية وخمسين قرشاً ان شاء — وان شاء ترك ، وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه مشت المتون . وفي الفتح : وهو الاصح . وفي الدر المختار : فعليه الفتوى . قال

في التبيين : ووجه قول الإمام ان الذراع فيه وصف في الأصل ، وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع و بكونه مقابلاً بالخمسين قرشاً ، فعند عدم عاد الحكم الى الأصل . ثم لا يخير في فصل الزيادة لأنه مخالفة الى خير ، وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه اه قيل : هذا الاختلاف في ثوب يضره القطع او تتفاوت جوانبه كالعمائم والقمصان والأقبية ، واما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها ، فلا تسلم له الزيادة ، لأنه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون . وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة ، اذ لا يضره التبعيض . كذا في تبيين الزيلعي ، ومثله في الدر المختار عن النهر .

﴿ واما لو بيع ثوب جوخ على انهماية وخمسون ذراعاً بسبعة آلاف وخمساية قرش او ان كل ذراع منه بخمسين قرشاً فاذا ظهر ماية واربعين ذراعاً خير المشتري ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المـاية واربعين بسبعة آلاف قرش فقط واذا ظهر زائداً عن الماية وخمسين ذراعا كانت الزيادة للبائع ﴾

اما في صورة ما اذا فصل وقال كل ذراع بخمسين ، فظاهر ، لأنه صار مقصوداً بتناول المبيع له . واما في صورة ما اذا لم يفصل ، فلما تقدم من ان الذرع فيما لا يضره التبعيض ولا تتفاوت جوانبه واطرافه بكون اصلاً فيقابله شيء من الثمن ، وانما خير في صورة النقص لتفرق الصفقه عليه ، كما هو ظاهر .

المادة ٢٢٧ - ﴿ اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فان ظهر عند التسليم تاماً صح البيع ولزم وان ظهر ناقصاً او زائداً كان البيع في الصورتين فاسداً . مثلا اذا بيع قطيع غنم على انه خمسون رأساً بألف وخمساية قرش فاذا ظهر عند التسليم خمسة واربعين رأساً او خمسة وخمسين

فالبيع فاسد ﴾

لجهالة الثمن في النقصان ، لأنه لا تنقسم اجزاؤه على اجزاء المبيع القيمي ، فلم يعلم للعدد الناقص من الغنم حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه ، فكان الناقص من الثمن قدراً مجهولا فيصير الثمن مجهولاً ، ولجهالة المبيع في فصل الزيادة لأنه يحتاج الى رد الزائد فيتنازعان في المردود (رد المحتار عن النهر)

ومثله ما اذا باع عدلاً على انه عشرة اثواب بكذا فنقص او زاد كما في الكنز وشروحه .

ونظيره ما لو باع عدلاً من الثياب او قطيعاً من الغنم واستثنى واحداً بغير عينه ، فإن البيع فاسد لجهالة المبيع ، كما في التنوير وشرحه الدر المختار . وقال في رد المحتار : لأنه يؤدي الى التنازع في المستثنى، بخلاف ما اذا كان معيناً اه

ونظيره ايضاً ما لو اشترى ارضاً على ان فيها كذا نخلا مثمراً فإذا فيها واحدة لا تثمر ، فسد البيع (در عن البحر) قال في رد المحتار :لأن الثمر له قسط من الثمن ، فإذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم في البيع ، فصارت حصة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بثمن مجهول فيفسد البيع (بحر عن الخانية) اه — وهذا بخلاف ما لو باع ارضاً على ان فيها كذا نخلة فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك ، لأن الشجر يدخل في بيع الارض تبعاً ولا يكون له قسط من الثمن . وكذا لو باع داراً على ان فيها كذا كذا بيتاً فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه (بحر عن الخانية) .

المادة ٢٢٨ - ﴿ اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقداره واثمان آحاده وافراده فاذا ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً خير المشتري ان شاء ترك وان شاء اخذ ذلك

القدر بحصته من الثمن المسمى. وان ظهر زائداً كان البيع فاسداً ﴾

انما صح البيع في صورة النقص وفسد في صورة الزيادة لأنه اذا كان زايداً تبقى الجهالة في المردود المتفاوت فيؤدي الى المنازعة ، وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الغنم معلوم حيث بين اثمان الآحاد ، فالموجود يصح فيه البيع و يبطل في المعدوم . وخير المشتري لتفرق الصفقة عليه ، وهذا عندهما ، وهو الصحيح (زيلعي) .

وفي مسكين على الكنز : وقال شمس الائمة السرخسي : الاصح ان هذا قولهم جميعاً .

﴿ مثلا لو بيع قطيع غنم على انه خمسون شاه كل شاة بخمسين قرشاً فاذا ظهر ذلك القطيع خمسة وار بعين شاة خير المشتري ان شاء ترك وان شاء اخذ الخمسة واربعين شاة بألفين ومايتين وخمسين قرشاً واذا ظهر خمسة وخمسين راساً كان البيع فاسداً ﴾

ومثله في الكنز والهداية والتنوير والملتقى بما لو باع عدلاً على انه عشرة اثواب كل ثوب منه بكذا فظهر اقل او اكثر ، قالوا يصح البيع في الأقل بحصته و يخير المشتري و يفسد في الأكثر . لكن قال في الدر المنتقى وفي البزازية والخلاصة : اشترى عدلاً على انه كذا فوجده ازيد والبائع غائب ، يعزل الزائد و يستعمل الباقي لأنه ملكه اه .

وفي المنح بعد ان نقل ما مرّ عن البزازية : وكأن هذا استحسان والا فالبيع فاسدٌ لجهالة المزيد . وقد صرح في الخانية والقنية بأن محمداً قال فيه : استحسن ان يعزل ثوباً من ذلك ويستعمل البقية اه .

قال في رد المحتار : ويظهر منه ترجيح ما مر ، يعني استحسان محمد . لكن ذكروا الاستحسان في صورة غيبة البائع . قال في الخانية : فإن غاب البايع ، قالوا يعزل المشتري من ذلك ثوباً ويستعمل الباقي ، وهذا استحسانٌ اخذ به محمد نظراً للمشتري اه — اي لأنه عند غيبة البايع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع

ج ٢

بالمبيع الى حضور البائع ، وربما لا يحضر او تطول غيبته فلذا استحسن محمد عزل ثوب واستعمال الباقي نظراً للمشتري . وهذا لا يجري في صورة حضرة البائع لإمكان تجديد العقد معه ، فالظاهر بقاؤه على القياس اه ما في (رد المحتار) . ومن هنا يظهر ان استحسان محمد المذكور يجري في مسئلة المجلة ايضاً ، فإذا ظهرت الزيادة المذكورة بعد غيبة البائع فالمشتري بعزل الخمسة رؤس الزائدة ويتصرف في البقيه دفعاً للضرر عن المشتري ، اذ لا فرق يظهر بين المسئلتين ، فتدبر .

المادة ٢٢٩ — ✲ في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة اذا قبض المشتري المبيع مع علمه انه ناقص ✲

يعني او انه زائد ، ليشمل ما اذا كان الخيار ثابتاً للمشتري في صورة الزيادة ايضاً كما في بيع ما يضره التبعيض من الموزونات والمذروعات اذا فصل الثمن على اجزائها واقسامها وفقاً للمادة (٢٢٦) تأمل

✲ لا يخيّر في الفسخ بعد القبض ✲

اي قبض الجميع ، فيبقى الخيار فيما اذا لم يقبض شيئاً او قبض البعض كما في الدر المنتقي ومجمع الانهر والبحر والخانية ، ومثله في رد المحتار ايضاً ، فافهم .

والظاهر ان قول المجلة « مع علمه انه ناقص » ليس قيداً احترازياً فيما كانت علة الخيار فيه تفريق الصفقة على المشتري ، لما قدمناه في شرح المادة (٢٢٣) من ان تفريق الصفقة انما يوجب الخيار اذا كان قبل قبض الكل او البعض واما بعد قبض الكل ، فلا ، وان كان غير عالم بالنقص وقت القبض ، لأن تفريق الصفقة بعد تمامها بقبض كل المبيع جائز (انظر المادة ٢٥١ وما سنذكره في شرحها) وهذا كما لو استحق بعض المبيع بعد قبض كله ، فإن المشتري يرجع على البائع بنقصان المبيع ، ولا خيار له وان تفرقت الصفقة عليه ، كما هو صريح الخانية وجامع الفصولين ، خلافاً لما بحثه صاحب النهر حيث قال :

ان الموجب للخيار انما هو تفريق الصفقة ، وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد

القبض ناقصاً ، الا ان يقال انه بالقبض صار راضياً بذلك ، فتدبر . اه قال في رد المحتار : قلت : هذا ظاهر اذا علم بنقصه قبل القبض ، والا فلا يكون راضياً، فينبغي التفصيل ، تأمل اه وانت خبيرٌ بأن هذا بحثٌ فلا يصادم المنقول عن الخانية وغيرها . على انه بحثٌ ساقطٌ لما سمعت من ان تفريق الصفقة لا يوجب الخيار بعد قبض الكل كما في مسئلة الاستحقاق المارة ، ولعل قوله « تأمل » في رد المحتار فيه اشارةٌ لما ذكرناه ، فليتدبر .

(الفصل الرابع)

﴿ في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح وما لا يدخل ﴾

مسائل هذا الفصل مبنيةٌ على ثلاث قواعد : الأولى: ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً يدخل في البيع وان لم يذكر صريحاً .

الثانية : ان كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار كان تابعاً داخلاً في المبيع قالوا : ان ما وُضع لأن يفصله البشر في الآخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لأن يفصله البشر فهو اتصال قرار .

والثالثة :ان ما لا يكون من القسمين، ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في المبيع بذكرها ، والا فلا اه (طحطاوي عن الدرر)

المادة ٢٣٠ . ﴿ كل ما جرى عرف البلدة على انه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر ﴾

المراد بكونه من مشتملات المبيع ان يتناوله اسم المبيع عرفاً (در مختار)

﴿ مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار وفي بيع حديقة

ج-٢
زيتون تدخل اشجار الزيتون من غير ذكر لأن المطبخ والكيلار من مشتملات الدار وحديقة الزيتون تطلق على ارض تحتوي على اشجار الزيتون فلا يقال لأرض خالية حديقة زيتون ※

وكذا يدخل في بيع الدار العلو والكنيف ، يعني اذا باع الدار بحدودها يدخل ما ذكروان لم يقل بكل حق لهـا او بمرافقها ، لأن الدار اسم لما يدار عليه الحدود ، والعلو منها (رد المحتار عن الدرر)

وفي الجوهرة : ثم اذا باع الدار دخل في المبيع جميع ما كان فيها من بيوت ومنازل وعلو وسفل ومطبخ وكنيف وجميع ما تشتمل عليه حدودهـا الاربعة اه ولا يدخل العلو بشراء بيت بكل حق له ونحوه ، لأن البيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله ، والشيء لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه اه — لكن نقل في البحر عن الكافي : وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار ، والأحكام تبتنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله اه قال في رد المحتار بعد نقله : قلت : وحيث كان المعتبر العرف فلا كلام سواء كان باسم خانة او غيره . وفي عرفنا لو باع بيتاً من دار او باع دكاناً او اصطبلاً او نحوه ، لا يدخل علوه المبني فوقه ما لم يكن باب العلو من داخل المبيع اه قلت : وفي عرفنا كذلك وكذا يدخل في بيع بستان جميع ما فيه من غراس وشرب وبناء ونحوه لأن البستان في عرفنا اسم لقطعة ارض محاطة بسياج او دك فيها اشجار متنوعة ولها شرب معلوم ، وقد يكون فيها بيت لربط دواب البستان من حمير وبقر ، وبيت آخر يبيت فيه صيفاً عملة البستان وحريمهم واولادهم ، وقد لا يكون ، فجميع ما ذكر هو من مشتملات البستان عرفاً فيدخل في بيع البستان بعد بيان حدوده بلا ذكره ولا ذكر المرافق ، لتناول اسم المبيع له عرفاً . وهذا كدخول حق الشرب في بيع الدار في عرف اهل دمشق كما في رد المحتار وعبارته : قلت : وذكر في الذخيرة ان الأصل ان ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلاً بها لا يدخل الا اذا جرى العرف في ان البايع لا يمنعه عن المشتري فالمفتاح يدخل استحساناً لا قياساً لعدم اتصاله ، وقلنا بدخوله بحكم العرف اه ملخصاً . ومقتضاه ان

شرب الدار يدخل في ديارنا دمشق للتعارف ، بل هو اولى من دخول السلم المنفصل في عرف مصر القاهرة لأن الدار في دمشق اذا كان لها ماء جار وانقطع عنها اصلاً لم ينتفع بها ، وايضاً اذا علم المشتري انه لا يستحق شربها بعد البيع لا يرضى بشرائها الا بثمن قليل جداً بالنسبة الى ما يدخل فيها شربها اه قلت : ومثله شرب البستان ، بل هو اولى لأن البستان اذا لم يكن له شرب ربما لا يسمى في عرفنا بستاناً وهو ظاهر .

المادة ٢٣١ = ❊ ما كان في حكم جزء من اجزاء المبيع اي ما يقبل الانفكاك عن الجميع نظراً الى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر مثلا اذا بيع قفل دخل مفتاحه واذا اشتريت بقرة حلوب لاجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع بدون ذكر ❊

وكذا يدخل في بيع الدار المفاتيح المتصلة اغلاقها كضبة وكيلون ، ولو من فضة (در مختار) والمراد بالضبة ما يسمى بالسكرة و بالكيلون ما يسمى بالغال واما القفل الذي لا يسمر فلا يدخل كالغال والسكرة (اي كالا يدخل الغال والسكرة الخ) اذا كانا موضوعين في الدار غير مركبين لعدم الاتصال ، سواء ذكر الحقوق او لا ، وسواء كان الباب مغلقاً او لا ، وسواء كان المبيع حانوتاً او بيتاً او داراً ، كما في الخانية . وانما تدخل الألواح وان كانت منفصلة لأنها في العرف كالابواب المركبة ، والمراد بهذه الالواح ما يسمى بمصر درارب الدكان كما في الفتح (الكل من رد المحتار) .

وقيد شراء البقرة بأن يكون لأجل اللبن ، لأنه لو كان لغير اللبن بأن كان لاجل الفلاحة او الذبح لا يدخل فلوها الرضيع ، كما لا يدخل فصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان ، لان شراء هذه لا لأجل اللبن . والظاهر ان حمل الغنم وجدي الماعز لا يدخل وان كان شراء الشاة والماعز لاجل اللبن ، لأن المقصود

يحصل فيهما بدون الفلو ، بخلاف البقر ، وهو ظاهر — ثم ان عدم دخول ما ذكر اذا لم يذهب الفلو مع الأم الي موضع البيع ، والا دخل في البيع مطلقاً بدلالة الحال ، الا ان يكون العرف بخلافه . كذا في الهندية .

وفي الخانية : رجل اشترى سمكةً فوجد في بطنها لؤلؤةً ، فإن كانت اللؤلؤة في الصدف تكون للمشتري ، وان لم تكن في الصدف فإن كان البايع اصطاد السمكة يردها المشترى على البايع ، وتكون عند البايع بمنزلة اللقطة يعرفها حولاً ثم يتصدق اهـ فما في الغرر : « باع سمكةً فوجد فيها درة لم تدخل الدرة في البيع لأنها ليست من اجزاء السمكة اهـ » ليس على اطلاقه ، بل هو مقيدٌ بما اذا لم تكن الدرة في الصدفة ، والا كانت من اجزاء المبيع فتدخل في البيع . وكذا قوله في شرحه الدرر : « يعني اصطاد سمكة في بطنها درة فملك السمكة والدرة الخ » فيه مسامحةٌ لما سمعت من انها لقطةٌ ما لم تكن في الصدف ، تأمل . وكل شيء لا يكون غذاء للسمكة فللبايع ، وما يكون غذاء لها فهو للمشتري ، كذا في الذخيرة . فان اشترى سمكةً فوجد في بطنها سمكة تكون للمشتري ، ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبايع ، وكل شيء يوجد في حوصلة الطير مما يأكله فهو للمشتري ، وان كان من غيره فهو للبايع . ولو وجد لؤلؤة في بطن السمكة التي في بطن السمكة فهي للبايع ، ولو وجد في بطنها صدفًا فيه لحم وفي اللحم لؤلؤة كما تكون اللؤلؤة في الاصداف فهي للمشتري . وكذا لو اشترى اصدافًا ليأكل ما فيها من اللحم فوجد في بعضها لؤلؤة في اللحم ، فهي له (الكل من الهندية) .

المادة ٢٣٢ ✳ توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعًا بدون ذكر ✳

هذه المادة فيما هو من متفرعات القاعدة الثانية . وهي ان كل ما كان متصلاً بالمبيع الخ . والمراد بالمتصل المستقر ما وضع لا لأن يفصله البشر كما تقدم ، فيدخل الحجارة المخلوقة والمثبتة في الارض والدار ، لا المدفونة . يدل عليه قولهم « لو

ج—٢

اشترى ارضاً بحقوقها وانهدم حائط منها فاذا فيه رصاص او ساج او خشب إن من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط بدخل ، وإن شيئاً مودعاً فيه فهو للبايع ، وان قال البايع ليس لي فحكمه حكم اللقطة » فقولهم « شيئاً مودعاً » يدخل فيه الاحجار المدفونة ، و يقع كثيراً في بلادنا أنه يشتري الارض او الدار فيرى المشتري فيها بعد حفرها احجار المرمر والكدان والبلاط ، والحكم فيه : ان كان مبنياً فللمشتري ، وان موضوعاً لا على وجه البناء ، فللبايع . وهي كثيرة الوقوع ، فاغتنم ذلك .

بقي لو ادعى البايع انها كانت مدفونة فلم تدخل ، والمشتري انها مبنية ، فقد يقال يتحالفان لأنه يرجع الى الاختلاف في قدر المبيع ، وقد يقال يصدق البايع لأن اختلافهما في تابع لم يرد عليه العقد . والتحالف على خلاف القياس فيما ورد عليه العقد ، فلا يقاس عليه غيره ، والبايع ينكر خروجه عن ملكه ، والاصل بقاء ملكه ، فتأمل اه ملخصاً من حاشية المنح للرملي ، كذا في رد المحتار .

❊ مثلا اذا بيعت دار دخل في البيع الاقفال المسمرة والدواليب اي الخزن المستقرة والدفوف المسمرة المعدة لوضع فرش والبستان الذي هو داخل حدود الدار ❊

اما دخول ما عدا البستان فلاتصاله بالمبيع اتصال قرار ، ومنه دخول الباب المركب ، وكذا ابواب الشبابيك اذا كانت مركبة متصلة ومثلها كما في رد المحتار ما اذا كانت من البلور وكانت ايضاً متصلة اتصال قرار اه قلت : بأن كانت مربوطة مع حديد الشباك بسلك من حديد ، وكانت مكلسة اطرافها مع الحوائط ، فإنها لم تكن حينئذ موضوعة لترفع ، تأمل .

ومنه ايضاً السلم ولو من الخشب ، كما في الهندية والبحر ، والسرير والدرج اذا كانت متصلة ، وكذا البئر والبكرة التي على البئر ، بخلاف الدلو والحبل المعلقين عليها ، الا اذا قال بمرافقها .

و يدخل ايضاً في بيع الحمام القدر وهي الحلة التي يسخن فيها الماء ، وكذا الأجران اذا كانت متصلة ، واما المنفصلة فإن كانت كبيرة لا تنقل ولا تحول ،

فالظاهر انها كالمتصلة ، والا فلا (الكل من رد المحتار) واما قدور الصباغين والقصارين واجاجين الفسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت ، كل ذلك في الارض ، فلا يدخل . وان قال بحقوقها .
قلت : ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمرافقها اه (فتح) قال في رد المحتار : اقول : بل في التتارخانية عن الذخيرة انه على قياس مسئلة البكرة والسلم ما كان مثبتاً في البناء من هذه الاشياء ينبغي ان يدخل في البيع ، اى وان لم يقل بحقوقها اه اقول: وفي البحر عن المحيط ما نصه : ومقلاة السويقيين ، وهي التي يقلي فيها السويق ، اذا كانت من حديد او من نحاس ، فهي للبايع وان كانت في البناء ، لأنها جعلت في البناء للعمل فلم تكن من جملة البناء ، وان كانت من خزف فللمشتري اه فيمكن ان يقال في قدور الصباغين والقصارين الخ ما قيل في هذا ، فلا جرم كان اتباع المنقول من عدم الدخول وان ذكرت المرافق اولى مما بحثه في الفتح ، واقره في رد المحتار ، ولهذا ذكر في البحر وغيره المنقول من عدم الدخول ولم يلتفت لما بحثه صاحب الفتح ، فافهم .

وفي الخانية : يدخل كور الحداد في بيع حانوته وان لم يذكر المرافق ، وكور الصايغ لا يدخل وان ذكر المرافق ، لأن الاول مركب متصل ، والثاني منفصل ولا يدخل زق الحداد الذي ينفخ فيه اه ومما ذكر يعلم ان آلات النسج والحياكة من انوال ودفاف ونحوها لا تدخل في بيع دكان النسج ، الا ما كان متصلاً منها في الدكان المبيعة اتصال قرار ، وهو ظاهر . واما دخول البستان فلكونه داخلاً في حدود الدار المبيعة ، وقد تقدم ان الدار اسم لما تدار عليه الحدود . واما اذا كان خارجاً عن حدودها ولكن باب البستان في الدار ومفتحه فيها ، فان كان البستان اصغر من الدار يدخل تبعاً ، ولو اكبر منها او مثلها فلا ، الا بالشرط كذا في الفتح والتبيين وغيرهما .

❊ والطريق الموصلة الى الطريق العام او الداخلة التي لا تنفذ ❊

عطف على البستان ، يعني فيدخل الطريق المذكور في بيع الدار بدون ذكر الحقوق والمرافق ، وقيد بقوله « الموصلة الى الطريق العام الخ » ليخرج الطريق

الخاص في ملك انسان ، فإنه لا يدخل في البيع الا بالتنصيص عليه او بذكر الحقوق ونحوها ، لأنه خارجٌ عن حدود الدار ، الا انه من التوابع ، فيدخل بذكرها ، كما في الفتح والبحر وغيرهما . فإذا كانت دار داخل دار اخرى للبائع او غيره ، فباع الداخلة ، فطريقها في الدار الخارجة ليس من الدار المبيعة بل من حقوقها ، فلا يدخل فيها بلا ذكر الحقوق ونحوها . فصار بمنزلة بيع بيت من دار فإن طريقه في الدار لا يدخل فيه لأنه ليس منه ، بل خارج عن حدوده كما في الهداية . ومثل الطريق الخاص حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة ، فإنه لا يدخل في بيع الدار الا بذكر الحقوق ونحوها ، كما في الدر المختار وغيره .

وفي رد المحتار ما نصه : تنبيه : قال في الكفاية وفي الذخيرة: بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله ، حتى ان من سدّ طريق منزله وجعل له طريقاً آخر وباع المنزل بحقوقه دخل في البيع الطريق الثاني لا الاول اه .

وفي الفتح عن فخر الاسلام : فإن قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق ، ولكن له ان يردها بالعيب . ولو كان عليها جذوع لدار اخرى ، فان كانت للبائع أُمر برفعها وان لغيره كانت بمنزلة العيب . ولو ظهر فيها طريق او مسيل ماء لدار اخرى للبائع ، فلا طريق له في المبيعة اه .

وفي حاشية الرملي عن النوازل : له داران ، مسيل الاولى على سطح الثانية ، فباع الثانية بكل حق لها ، ثم باع الاولى من آخر ، فللمشتري الاول منع الثاني من التسييل على سطحه ، الا اذا استثنى البائع المسيل وقت البيع اه ملخصاً . قال : وما وقع في الخلاصة والبزازية عن النوازل من انه ليس للاول منع الثاني سبق قلم ، لان الذي في النوازل ما قدمناه ومثله في الولوالجية ، وبه علم جواب حادثة الفتوى : له كرمان طريق الاول على الثاني ، فباع لبنته الثاني على ان له المرور كما كان ، فباعته لاجنبي ، ليس للاجنبي منع الاب اه .

وفي العرصة تدخل الاشجار المغروسة على ان تستقر

قال في المحيط : كل ما له ساق ولا يقطع اصله كان شجراً يدخل تحت بيع الارض بلا ذكر ، وما لم يكن بهذه الصفة لا يدخل بلا ذكر ، لأنه بمنزلة الثمر اه (طحطاوي عن الهندية) .

وفي التنوير : و يدخل الشجر في بيع الارض بلا ذكر ، مثمرةً كانت اولا ، اذا كانت موضوعةً فيها للقرار . وفي شرحه الدر المختار : صغيرة او كبيرة ، الا اليابسة لأنها على شرف القلع . وفي رد المحتار : فهي كحطب موضوع فيها .

وقوله « على ان تستقر » متعلقٌ بالمغروسة ، اخرج به ما غرس لا على ان يستقر ، بل على ان يقلع و ينقل الى ارض اخرى كالنصب ، فإنه لا يدخل ، كما سيأتي في المادة الآتية ويأتي الكلام عليها .

ثم ان اطلاق ما قدمناه عن التنوير يقتضي ان مثل قوايم الصفصاف والحور والقصب مما غرس لا لأجل الثمر بل ليقطع من وجه الأرض ، يدخل في بيع الارض تبعاً كالاشجار المثمرة . وهو مقتضي اطلاق هذه المادة ايضاً . لكن ذكر في الخانية انه لو باع ارضاً فيها رطبة او زعفران او خلاف يقلع في كل ثلاث سنين او رياحين او بقول ، قال الفضلي : ما على وجه الارض بمنزلة الثمر لا يدخل بلا شرط ، وما في الارض من اصولها يدخل ، لأن اصولها للبقاء بمنزلة البناء . وكذا لو كان فيها قصبٌ او حشيشٌ او حطبٌ نابت ، يدخل اصوله لا ما على وجه الارض . واختلفوا في قوايم الخلاف ، والصحيح انها لا تدخل اه .

وفي رد المحتار عن الذخيرة : ان العرايش والاشجار والابنية تدخل لأنها ليس لنهايتها مدةٌ معلومة ، فتكون للتأبيد فتتبع الارض ، بخلاف الزرع والثمر . لأن لقطعها غايةً معلومة ، فكانت كالمقطوع اه ملخصاً . قال : ومقتضاه ان غير المثمر المعدّ للقطع كالزرع ، الا ان يقال انه ليس له نهاية معلومة اه — فقد استفيد ان ما ليس لقطعه نهاية معلومة من ذلك كالحور ، يدخل في بيع الارض تبعاً لأنه ليس كالثمر ، وقد غرس لا ن يستقر . وما وقع في رد المحتار من هذا الفصل من قوله في الحاصل : « فإن لم يكن له نهاية معلومة فلا يدخل الخ » مبنى

قلم ، وضوابه « فيدخل » فليتنبه له . وما كان لقطعه نهاية معلومة كالقصب الفارسي واغصان توت القز فإنها تقطع في كل سنة مرة ، وكقوايم الخلاف يعني الصفصاف فانها تقطع في كل ثلاث سنين مرة ، فلا يدخل ، لأنه كالثمر .

والحاصل ان الشجر الموضوع لا لأن يستقر بل لينقل الى ارض اخرى ، وهو المسمى بالنصب ، لا يدخل لعدم اتصاله في المبيع اتصال قرار ، فهو كالزرع على ما يأتي في المادة الآتية . اما الموضوع للقرار فإما ان يكون المقصود منه الثمر ، فهذا يدخل الا اذا يبس فيصير كالحطب الموضوع في الارض ، واما ان يكون المقصود منه القطع على وجه الارض . فإن كان ليس لقطعه نهاية معلومة كالحور ، يدخل ايضاً كالشجر المثمر ، لبعده عن شبه الزرع . وإن له نهاية معلومة كالقصب والصفصاف وتوت القز ، فاما قوائمها واغصانها التي تقطع في كل سنة او في كل ثلاث سنين ، فلا تدخل لأنها كالثمر ، فيؤمر البايع بقطعها وتسليم اصولها للمشتري . هذا اذا كانت نابتة وقت البيع ، والا بأن نبتت بعد البيع ، فهي للمشتري قطعاً ، كالثمر اذا برز بعد عقد بيع الشجر او الأرض . واما اصولها التي تبقى في الارض او في اعلى ساق الشجرة كالتوت والصفصاف ، فتدخل تبعاً لاتصالها في المبيع اتصال قرار . هذا ملخص ما في البحر والخانية والفتح ورد المحتار عن الواقعات وشروح الوهبانية ، قال : وهذا التفصيل انسب لمقتضى قواعدهم اه فاغتنم هذا التحرير .

❊ لأن جميع المذكورات لا تفصل عن المبيع فتدخل في البيع بدون ذكر ولا تصريح ❊

لما تقدم اول الفصل من ان كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار ، كان تابعاً له داخلاً في المبيع . وقوله « لا تفصل عن المبيع » يعني انها ما وضعت لاجل ان يفصلها البشر عن المبيع .

المادة ٢٣٢ - ❊ ما لا يكون من مشتملات المبيع ولا هو من توابعه المتصلة المستقرة او لم يكن في حكم جزء من المبيع او لم تجر

العادة والعرف في بيعه معه لا يدخل في البيع ما لم يذكر وقت البيع اما ما جرت عادة البلدة والعرف ببيعه تبعاً للمبيع فيدخل في البيع من غير ذكر . مثلاً الاشياء الغير المستقرة التي توضع لأن تستعمل وتنقل من محل الى آخر كالصندوق والكرسي والتخت المنفصلات لا تدخل في بيع الدار بلا ذكر *

راجع ما ذكرناه في شرح المادة (٢٣١) وشرح الفقرة الثانية من المادة (٢٣٢) وفي البحر عن الظهيرية : ان كان المبيع داراً فرحى الابل للبايع ، وان كان ضيعة كان الرحى للمشتري ، لأن ذلك يعد من توابع الضيعة اه قال : وذكر قبله ان رحى الابل وآلاتها للبايع ، ولو ذكر الحقوق . واما رحى الماء فللمشتري اذا باعها بحقوقها اه والظاهر ان ضمير « حقوقها » للدار ، تأمل . وفي الدر المختار : و يدخل الرحى لو اسفلها مبنياً اه قال في رد المحتار : اي فيدخل الحجر الأعلى استحساناً اه وتمامه فيه .

وفي البحر عن الخانية : و يدخل الباب المركب لا الموضوع فلو اختلفا في باب الدار فادعاه كل منهما فإن كان مركباً متصلاً بالبناء فالقول للمشتري ، سواء كانت الدار في يده او في يد البايع . وان كان مقلوعاً فإن كانت في يد البائع فالقول له ، والا فللمشتري ، لأنه كالمتاع الموضوع فيها ، فالقول فيه لذي اليد اه أقول : وهذا فيما اذا ادعياه ملكاً مطلقاً — يرشد الى ذلك قوله « لأنه كالمتاع » — او ادعى البايع انه وقت البيع كان مقلوعاً ، وادعي المشتري انه كان مركباً . واما اذا ادعي المشتري ملكيته بمقتضى انه داخلٌ في بيع الدار ، وادعي البايع ملكيته بمقتضى انه غير داخل فيه مع اتفاقهما انه كان مركباً او مقلوعاً وقت المبيع ، فلا محل لهذا التفصيل حينئذ ، لظهور الحكم ، وهو انه ان اتفقا على انه كان مركباً وقت البيع فهو للمشتري بلا يمين ، سواء كان في يد البايع او في يده . وان اتفقا على انه كان مقلوعاً فهو للبايع بلا يمين مطلقاً ، وهو ظاهر . وفي رد المحتار : واما

الدف الذي يفرش في ايوان البيوت لدفع العفن والرطوبة والنداوة فالظاهر انه كالسرير المسمى بالتخت ، فيعتبر فيه الاتصال وعدمه . لكن قد يقال ان السرير ينقل ويحول ، واما هذا فإنه لا ينقل من محله فهو في حكم المتصل ، فليتأمل اه .

❊ وكذا احواض الليمون والازهار المنفصلة والاشجار الصغيرة المغروسة على ان تنقل من محل الى آخر وهي المسماة في عرفنا بالنصب لا تدخل في بيع البساتين بدون ذكر ❊

قوله « والازهار » بالجر ، معطوف على الليمون . وقوله ، المنفصلة » بالرفع ، صفة الاحواض . وقوله « والاشجار الصغيرة الخ » قد تقدم تحقيقه في شرح المادة السابقة ، وهو معطوف على احواض .

وفي الدر المختار عن القنية : شرى كرماً ، دخل الوثائل المشدودة على الارتاد المنصوبة في الأرض ، وكذا الاعمدة المدفونة في الارض التي عليها اغصان الكرم المسماة بأرض الخليل بزكايز الكرم اه — والوثل بالتحريك الحبل من الليف ، كما في رد المحتار . والمراد ما يربط به الاغصان على الاعمدة . قال في النخ : تقييده بالمدفونة يفيد ان الملقاة على الارض لا تدخل لأنها بمنزلة الحطب الموضوع في الكرم ، وصارت المسئلة واقعة الفتوى ، فيفتي بالدخول في المبيع ان كانت مدفونة وهي المسماة في ديارنا بيرابير الكرم اه ولا يخفى ان المراد بكونها مدفونة ان يدفن احد طرفيها في الأرض ويبقى الطرف الآخر منتصباً عالياً ليربط عليه اغصان الكرم . وما اذا كانت كلها مدفونة بحيث لا يمكن ان تربط عليها الاغصان ، فهي كالملقاة على الارض ، وهو ظاهر .

❊ كما لا يدخل الزرع في بيع الأرض والثمر في بيع الأشجار ما لم تذكر صريحاً حين البيع ❊

او يقول بعتها بكل قليل وكثير فيها او منها (در منتقى) ويؤمر البائع بقطعها اي الزرع والثمر ، وان لم يظهر صلاحها وتسليم المبيع ، اي الارض والشجر ، عند

وجوب تسليمها . فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به (خانية) ، لأن ملك المشتري مشغول بملك البايع فيجبر على تسليمه فارغاً (در مختار) ثم ان وجوب التسليم كما يكون بنقد الثمن يكون مع اشتراط تأجيله ، كما سيأتي في المادة (٢٧٨)

وفي الدر المنتقى عن جامع الفصولين : لو باع شجراً عليه ثمر او كرماً عليه عنب ، لا يدخل الثمر . فلو استأجر الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار الى الادراك . فان ابى المشتري يخير البايع : ان شاء ابطل البيع ، او قطع الثمر اه ونقله ايضاً في البحر ، وقاس عليه انه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البايع باعارة الشجر ، يتخير المشتري ايضاً : ان شاء ابطل البيع او قطعها ، لأن في القطع اتلاف المال وفيه ضرر عليه اه واقره في النهر . لكن قال في رد المحتار ، بعد نقله : فتأمله مع قول المتون « و يؤمر البايع بالقطع » فإنه ينافي التخيير المذكور ، ولعله قول آخر فليحرر اه ولعل المنافاة تندفع بتخصيص قول المتون « و يؤمر بالقلع الخ » في صورة ما اذا اختار البايع عدم الفسخ ، تأمل .

ثم اعلم ان اطلاق هذه المادة تبعاً لأكثر المتون يفيد عدم دخول الزرع في بيع الأرض مطلقاً ، يعني سواء كان له قيمة اولا ، وسواء كان بعد النبات او قبله ، وهو اختيار ابي الليث . لكن نقل في الدر المختار عن شرح المجمع : اذا نبت ولا قيمة له فأن لم تنله المشافر والمناجل ، اي قبل ان يمكن اكل الدواب له وقبل ان يمكن حصده بالمناجل ، انه يدخل في الاصح . ونقل في رد المحتار عن التجنيس : ان الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجابي . قال : والخلاف مبني على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ، يعني ان من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ، ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل اه وفي الهندية : بذر ارضه و باعها قبل ان ينبت ، لا يدخل في البيع ، لأن ما لم ينبت لا يصير تبعاً . ولو نبت ولم تصر له قيمة ، ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى لا يدخل فيه . والصواب انه يدخل ، كذا في الظهيرية اه وقدم القول بالدخول في متن الملتقى فقال : وان نبت البذر ولم تصر له قيمة دخل في البيع ، وقيل لا اه قال في شرحه مجمع الانهر : وعلى هذا الخلاف الثمر الذي لا قيمة له اه ومثله في البحر ، وكذا في الطحطاوي ، فافهم

❋ تنبيه ❋

قيد بالبيع لأنه في رهن الارض يدخل الشجر والثمر والزرع ، وفي وقفها يدخل البناء والشجر لا الزرع . وكذا لو اقرّ بارض عليها زرع او شجر ، دخل ، ولا يدخل الزرع في اقالة الارض ، وتمامه في البحر (كذا في رد المحتار)

❋ لكن لجام دابة الركوب وخطام البعير وامثال ذلك فيما كان العرف والعادة فيها ان تباع تبعاً فهذه تدخل في البيع بدون ذكر ❋

يستفاد من تقييد الدابة بكونها للركوب ، انها لو كانت للتحميل او للفلاحة ونحوها لا يدخل اللجام ، وهو الذي يظهر . ومقتضى اطلاق الدخول انه لا فرق في ذلك بين ان تكون ملجمةً وقت البيع ام لا . وفي الهندية : والحبل المشدود في عنق الحمار يدخل في بيع الحمار ، للعرف ، الا ان يكون العرف بخلافه اه وفي البزازية : ولا يدخل الاكاف في بيع الحمار ، وكذا اولا ، وهو الظاهر — الا اذا ذكر . ويدخل العذار في بيع الفرس والزمام في بيع البعير ، ولا يدخل المقود في بيع الحمار ومثله في الخانية : قال لأن الفرس لا ينقاد الا بمقود ، وكذا البعير ، بخلاف الحمار اه وفي الهندية هشام عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : رجل باع جاريةً وعليها قلب فضة وقرطان ولم يشترطا ذلك والبايع ينكر ، قال لا يدخل شيء من الحلي في البيع . وان سلم البايع الحلي لها ، فهو لها . وان سكت عن طلبها وهو يراها ، فهو بمنزلته ، كذا في الظهيرية اه والظاهر انه يقال فيما على الفرس من سرج مما لا يدخل في بيع الفرس ، ما قيل في حليّ الجارية من انه اذا سلمه البايع مع الفرس او قبضه المشتري وهو يراه ، يكون للمشتري ، فليتأمل وليراجع .
والعرف الآن ان ما كان على الدابة وقت البيع من لجام او عذار او زمام او مقود او بردعة او قتب او سرج يدخل فيه ، الا اذا استثناه البايع . وما لم يكن عليه وقتئذ لا يدخل ، الا اذا شرطه المشتري . وانت خبير بأن المناط في الدخول وعدمه العرف ، فتدبر .

ج – ٢

المادة ٢٣٤ = ﴿ ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن ﴾

كذا اطلقه في الدر المختار عن القنية . لكن قيده في جامع الفصولين بما قبل القبض ، ثم نقل عن شرح الاسبيجابي ما نصه : « الاوصاف لا قسط لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض . والاوصاف ما يدخل في البيع بلا ذكر كبناء وشجر في الارض واطراف في الحيوان وجودة في الكيلي والوزني اه »

وعن فتاوي رشيد الدين : البناء اذا لم يذكر في الشراء وان كان دخوله تبعاً لكن اذا قبض يصير مقصوداً و يصير له حصة من الثمن اه

وفي رد المحتار عن الخانية : وضع محمد رحمه الله تعالى اصلاً : كل شيء اذا بعته وحده لا يجوز بيعه ، واذا بعته مع غيره جاز ، فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض ، كان المشتري بالخيار : إن شاء اخذ الباقي بجميع الثمن ، وان شاء تركه . وكل شيء اذا بعته وحده جاز بيعه ، فإذا بعته مع غيره فاستحق ، كان له حصة من الثمن اه قلت : فصار الحاصل ان ما يدخل في البيع تبعاً اذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن ، فيرجع على البائع بحصته . وان استحق قبل القبض ، فإن كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب ، فلا حصة له من الثمن ، فلا يرجع بشيء ، بل يخير بين الأخذ بكل الثمن او الترك . وان جاز بيعه وحده كالشجر وثوب القن كان له حصة من الثمن ، فيرجع بها على البائع اه فاحفظه .

﴿ مثلاً لو سرق خطام البعير المبتاع قبل القبض لا يلزم في مقابلته تنزيل شيء من الثمن ﴾

لكن يخير المشتري ان شاء اخذ البعير بكل الثمن ، او ترك ، كما في الدر المختار وغيره ، وتقدم . قيل : ان هذا مخالف للأصل الذي وضعه محمد رحمه الله تعالى ، والحاصل الذي تقدم نقله عن رد المحتار ، فإن خطام البعير يجوز بيعه وحده كالشجر وثوب القن فينبغي ان تكون له حصة من الثمن ، و يمكن ان يجاب بالفرق في المبيع تبعاً اذا كان يجوز بيعه وحده بين فواته بالسرقة ونحوها كالاحتراق

والانهدام فلا حصة له من الثمن كما هنا ، و بين فواته بالاستحقاق فيكون له حصة منه كما هو منطوق الأصل والحاصل المذكورين . يرشد الى هذا الفرق ما في الهندية : اشترى داراً فذهب بناؤها ، لم يسقط شيء من الثمن . وان استحق اخذ الدار بالحصة ، بخلاف صوف الشاة ، لا يأخذ قسطاً من الثمن الا بالتسمية اه فأنت ترى انه فرّق بين ذهاب بنائها يعني بالانهدام او الاحتراق مثلاً ، فلم يجعل له قسطاً من الثمن ، و بين استحقاقه فجعل له قسطاً منه ، ولم يفرق بينهما في صوف الشاة لأنه لا يجوز بيعه منفرداً . وذكر في جامع الفصولين عن الخانية : شرى داراً مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه ، قالوا يخير المشتري ، اخذ الارض بحصته او ترك . ولو استحق بعد قبضه يأخذ الارض بحصته ولا خيار له . والشجر كالبناء . ولو احترقا او قلعها ظالم قبل القبض اخذهـا بجميع الثمن او ترك ، ولا يأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض ، هو على المشتري اه فإنه صريح بالفرق بين فوات المبيع قبل القبض بالاستحقاق و بين فواته بنحو الاحتراق او قلع الظالم . ومثلها السرقة . وقد وقع في رد المحتار هنا خللٌ فيما نقله عن جامع الفصولين ، فليتنبه له وكأن وجه الفرق والله اعلم ان بالاستحقاق يظهر كون البائع متعدياً لكونه باع ما لا يملكه فخير المشتري بين الأخذ بالحصة و بين الترك بخلاف الفوات بنحو السرقة والاحتراق ، فإنه لا تعدى من البائع ، فكان خيار المشتري بين الأخذ بكل الثمن و بين الترك ، فتدبر . ثم رأيت في حاشية السيد ابي السعود على مسكين ما نصه : وفرّع في النهر على الأصل المذكور ، اعني ما دخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن ، ، ما ذكره في القنية : اشترى داراً فذهب بناؤهـا لم يسقط شيء من الثمن ، وان استحق اخذ الدار بالحصة الخ قال شيخنا : يكون الاستحقاق بمنزلة الاتلاف اه فمفاده ان التبع بالاتلاف يكون له حصة من الثمن ، حتى لو رد الامة المبيعة بحكم خيار العيب بعد اتلاف ثيابها يسقط عن البائع ما قابل الثياب من الثمن اه و يؤيده ما في جامع الفصولين رامزاً لفتاوي العتابي : باع داراً على ان فيه عشرة ابيات ، تنقص عن العشرة ، جاز و يخير ، كما في ارض نقصت نخلة . ولو استحق بعضها او اتلفه البائع اخذ الباقي بحصته ان شاء اه وهو عين ما قلناه

ولله الحمد ٠

ثم اعلم ان كون دخول مثل الشجر والبناء وخطام البعير في بيع الارض والبعير تبعاً ، انما هو اذا لم يذكر الشجر ونحوه في البيع ٠ اما اذا ذكر ، كان مبيعاً قصداً لا تبعاً ٠ حتى لو فات قبل القبض بآفة سماوية تسقط حصته من الثمن ، كما في جامع الفصولين، ونقله في رد المحتار ٠ وظاهر اطلاقه انه بمجرد ذكره مع الأرض ، وان لم يعين له ثمناً ، يكون كذلك ٠ لكن في الهندية عن الكافي ما نصه : رجل له ارض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعها رب الارض بإذن الآخر بألف وقيمة كل واحدة منهما خمسماية ، فالثمن بينهما نصفان فأن هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية ، خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن ، لأن المشتري ملك النخل وصفاً وتبعاً ، والثمن كله لرب الارض لا تتقاض البيع في حق النخل فلم يسلم للمشتري الا الأرض والثمن بمقابلة ما يسلم للمشتري ، دون ما فات ٠ وان هلك نصف النخل فلرب النخل ربعه ، وثلاثة ارباع الثمن لرب الارض ٠ ولو اثمر النخل ما يساوي خمساية فثلثا الثمن لرب النخل وثلثه لرب الارض ٠ وعند ابي يوسف نصفه لرب الارض فإن باع الارض والنخل وسمى لكل واحدة ثمناً ، والارض والنخل لواحد او لرجلين ، ثم هلك النخل ، سقط نصف الثمن لان النخل اصلٌ من وجه ووصفٌ من وجه ، فاذا لم يسم لها ثمناً تكون تبعاً ، واذا سمى لها صارت اصلاً ، فإذا هلكت هلكت بحصتها من الثمن ٠ ولو لم يهلك النخلة ولكنها اثمرت قبل القبض ثمراً يساوي خمساية ، فالارض بخمساية والنخل والثمر بخمساية عندهم اه فتأمل وارجع الى ما ذكر في الفصل الثالث ومواده ، فإن فيه التصريح بأن الوصف لا يكون مقصوداً بتناول المبيع له الا اذا فصل الثمن على الاجزاء ، فاغتنم تحرير هذا المحل ٠

المادة ٢٣٥ — ✻ الاشياء التي تشملها الألفاظ العمومية التي تزاد في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع مثلاً لو قال البائع بعتك

هذه الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل ❋

وكذا لو قال بجميع مرافقها او منافعها ، كما في الدر وغيره . ومثله فيما يظهر لو قال بتعلقاتها او ما ينسب اليها عرفاً وعادة ، كما يذكرونه الآن في صكوك البيع ولو لم يذكر شيئاً من هذه الالفاظ العمومية لا يدخل شيء مما ذكر . ففي الخانية من باب العيوب : وذكر في المنتقى : رجل اشترى بيتاً من دار بجميع حقوقه ، يدخل فيه طريقه . وان لم يقل بجميع حقوقه ولم يشترط الطريق ، فلا طريق له وله ان يرد المبيع اذا قال ظننت ان له مفتحاً الى الطريق . وكذا لو اشترى ارضاً او نخلا لا يستحق الشرب بدون الشرط ، فإن لم يكن لها شربٌ ولم يعلم بذلك فلما علم قال لا ارضى ، كان له ان يرد ، لما قلناه ان ما يعده الناس عيباً يكون له ان يرد بذلك ، وعدم الشرب والطريق يعد عيباً عند الناس ، وان كان لا يستحق ذلك بدون الشرط اه قلت :الظاهر ان هذا في الطريق الخاص لا في الطريق الموصلة الى الطريق العام او الداخلة التي لا تنفذ ، لأنها يدخلان في البيع بلا ذكر الحقوق والمرافق ، كما تقدم في المادة (٢٣٢) وشرحها . وايضاً هذا فيما لم يجر فيه العرف وعادة البلدة على انه من مشتملات المبيع كما تقدم في شرح المادة (٢٣٠) فليراجع . وفي الهندية عن فتاوي قاضي خان: وان باع داراً وقال بحقوقها او مرافقها ، او قال بكل قليل وكثير داخلٍ فيها وخارجٍ عنها ، كان له الطريق اهوفي الخانية : ولو باع الأرض وقال « بمرافقها » لا يدخل الزرع والثمر في البيع في ظاهر الرواية . ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها ، يدخل ما كان فيها من الزرع والثمر ولا يدخل فيه الطريق والشرب اه والظاهر ان دخول الطريق في مسئلة الهندية المنقولة عن الخانية ، لأنه يشمله قول البائع « داخل فيها وخارج عنها » بخلافه في مسئلة الخانية الثانية ، تدبر .

وفي الهندية : ولو باع الأرض وقال « بمرافقها » لا يدخل الزرع والثمر في البيع في ظاهر الرواية : ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها او مرافقها

لم يدخلا ايضاً . وان لم يقل من حقوقها او مرافقها ، يدخلان فيه . واذا قال بكل قليل وكثير هو فيها ، يدخل ما فيها من الزرع والبقل والرياحين وغير ذلك ، ولا يدخل في بيع الارض ما كان موضوعاً فيها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود والحطب واللبن الموضوع فيها ، الا ان يشترطه صريحاً اه .

✱ فروع ✱

وفي الخانية : رجل اشترى ارضاً بمجاريها ثم اشترى ماء فاراد ان يجري الماء في ذلك المجرى الى ارضه ، ان اراد ان يجري الماء من نهر قرية اخرى ، لا يجوز في قولهم . وان اراد ان يجري من نهر هذه القرية ، اختلفوا فيه : قال محمد بن سلمه رحمه الله تعالى : له ذلك . والمختار انه ليس له ذلك ، وهو قول العامة لأن بهذا يزداد مقدار شرب هذه الارض فلا يجوز اه

وفيها : اشترى ارضاً بشربها وللبايع في القناة التي يسقى منها الارض ماء كثير ، ذكر في النوادر انه يقضي للمشترى من الماء بقدر ما يكفى هذه الأرض . فيكون ذلك شراء مع الارض اه

وفيها : باع كرما بمجرى مائه و بكل حق هو له ، ومجرى مائه في سكة غير نافذة بينه و بين رجلين ، وعلى ضفة النهر اشجار ، فأن كانت رقبة المجرى ملك البايع كانت الاشجار للمشتري ، وان لم تكن رقبة المجرى ملك البايع بل كان له حق تسييل الماء فالاشجار للبايع اذا كان هو الغارس او لم يكن الغارس معلوماً ، وان كان الغارس غير البائع كانت الاشجار للغارس اه

وفي الهندية : ولو على الحانوت ظلة كما يكون في الاسواق ، ان ذكر المرافق تدخل ، والاّ لا . وجذع القصار الذي يدق عليه الثياب لا يدخل وان ذكر المرافق (كذا في الوجيز للكردري) اه

وفي التتارخانية : وفي النوادر : اذا قال لغيره بعت هذا البيت وما اغلق عليه بابه ، فليس هو على ما اغلق من المتاع للمشتري ، وهذا بيعٌ على حقوقه كأنه قال بعتك بحقوقه . قال هشام . قلت لابي يوسف فلو قال له بعتك بما فيه من شيء ، قال هذا على حقوقه ايضاً . وان قال على ما فيه من المتاع ، فهذا جائزٌ على

ما فيه من المتاع اه .

المادة ٢٣٦ = ❊ الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة واشباهها هي للمشتري، مثلاً اذا بيع بستان ثم قبل القبض حصل فيه زيادة كالثمر والخضروات تكون تلك الزيادة للمشتري وكذا لو ولدت الدابة المبيعة قبل القبض كان الولد للمشتري ❊

لأنه نماء ملكه . قال في شرح القدوري المسمى بالجوهرة النيرة عند قول المانن « ومن باع ارضاً دخل ما فيها من النخل والشجر في المبيع وان لم يسمه » : فإن كانت النخيل مثمرة وقت العقد وشرط الثمر للمشتري ، فله حصة من الثمن ، فإن كانت قيمة الارض خمسماية وقيمة النخل كذلك وقيمة الثمر كذلك ، فإنه يقسم الثمن اثلاثا اجماعاً . فلو فاتت الثمرة بآفة سماوية او اكلها البايع قبل القبض ، فإنه يطرح عن المشتري ثلث الثمن ، وله الخيار ، ان شاء اخذ الارض والنخل بثلثي الثمن ، وان شاء ترك في قولهم جميعاً . لأن الثمر معقود عليه فبفواته تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام ، فله الخيار . وان لم تكن الثمرة موجودة وقت العقد واثمرت بعده قبل القبض ، فإن الثمرة للمشتري لانها نماء ملكه ، وتكون الثمرة زيادة على الارض والنخل عندهما .

وقال ابو يوسف : على النخل خاصة . بيانه : اذا كانت قيمة الارض خمسماية وقيمة النخل كذلك والثمرة كذلك فأكل البايع الثمرة قبل القبض ، طرح عن المشتري ثلث الثمن عندهما ويأخذ الارض والنخل بثلثي الثمن ولا خيار له عند ابي حنيفة خاصة ، وعند محمد له الخيار . وقال ابو يوسف : يطرح عنه ربع الثمن وله الخيار ان شاء اخذ الارض والنخل بثلاثة ارباع الثمن وان شاء ترك ، لأن الثمن ينقسم على الارض والنخل نصفين : فما اصاب النخل قسم عليه وعلى الثمر نصفين ، فكان حصته الربع . ولو فاتت الثمرة بآفة سماوية لا يطرح شيء من

الثمن ولا خيار للمشتري في قولهم جميعاً . ولو كان مسمّى للنخل خمساية وللارض كذلك ، فإن الثمر في هذا الفصل زيادة على النخل خاصة اجماعاً ، فاذا اكله البائع طرح من الثمن ربعه ، ولا خيار للمشتري عند ابي حنيفة ، وعندهما له الخيار . اه

وفي الهندية عن المبسوط : ثم يعتبر في القسمة قيمة الثمار حين اكلها البائع اه

وفي الخانية : لو اشترى شاة بعشرة فولدت الشاة عند البائع ولداً قيمته خمسة فأكله البائع ، قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى يلزمه الشاة بخمسة دراهم ولا خيار له اه

واعلم بان شراء الشجر لا يخلو من ثلاثة اوجه : اما ان يشتريها للقلع بدون الارض ، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها وله ان يقلعها بعروقها . واصلها يدخل في البيع وليس له ان يحفر الارض الى ما يتناهى اليه العروق ، لكن يقلعها على ما عليه العرف والعادة الا اذا شرط البائع القطع على وجه الارض ، او يكون في القطع مضرة للبائع نحو ان يكون بقرب من الحائط او ما اشبهه ، فحينئذ يؤمر المشتري ان يقطعها على وجه الارض . فإن قلعها او قطعها ثم نبتت من اصلها او عروقها شجرة فإنها للبائع . وان قطع من اعلى الشجرة فما نبت يكون للمشتري . واما اذا اشتراها مع قرارها من الارض فانه لا يؤمر المشتري بقلعها ولو قلعها فله ان يغرس مكانها اخرى . واما اذا اشتراها ولم يشترط شيئاً ، فعند ابي يوسف رحمه الله تعالى الأرض لا تدخل في البيع . وعند محمد رحمه الله تعالى تدخل في البيع وله الشجرة مع قرارها من الارض . قال الصدر الشهيد : والفتوى على ان الارض تدخل . واجمعوا على انه لو اشتراها للقطع لم يدخل ما تحتها من الارض . وان اشتراها للقرار تدخل اتفاقاً . وفي اي موضع دخل ما تحت الارض من الشجرة فإنها تدخل بقدر غلظ الشجرة وقت مباشرة ذلك التصرف . حتى لو زادت الشجرة غلظاً بعد البيع كان لصاحب الارض ان ينحت . ولا يدخل تحت البيع ما يتناهى اليه العروق والاغصان ، وعليه الفتوى (كذا في الهندية)

وقوله : « ما تحت الارض من الشجرة » كذا في نسخ الطبع ولعل صوابه « ما تحت الشجرة من الارض » تدبر .

وفي الخانية اشترى شجرة ليقلعها ، ثم نبت من اصل عروقها شجرة اخرى ، فهي للمشتري لانها نماء ملكه .

-﴿ الباب الثالث ﴾-

✻ في بيان المسائل المتعلقة بالثمن وفيه فصلان ✻

(الفصل الاول)

- في بيان المسايل المترتبة على اوصاف الثمن واحواله -

المادة ٢٣٧ ✻ تسمية الثمن حين البيع لازمة فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً ✻

لان البيع يقتضي العوض ، فاذا سكت عنه ثبتت القيمة ، وهي مال . وليس كذلك اذا قال ابيعك بغير ثمن ، اي صرح فيه بنفي الثمن ، لأنه نفي العوض ، والبيع بغير عوض ليس ببيع (كذا في الجوهرة) اي فيكون باطلاً لانعدام احد ركنيه (در مختار) .

المادة ٢٣٨ - ✻ يلزم ان يكون الثمن معلوماً ✻

اي بالاشارة اليه او ببيان مقداره ووصفه كما سيأتي في المواد الآتية ، لأن التسلم والتسليم واجبٌ بالعقد وجهالة ما ذكر مفضية للمنازعة ، فيمتنع التسلم والتسليم . وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز . فلو كان الثمن مجهولاً كالبيع بقيمته او برأس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشتراه فلان ، فان علم المشتري بالقدر في المجلس جاز .

ومنه ايضاً ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس ، الا ان يكون شيئاً لا يتفاوت (رد المحتار) اي كالخبز واللحم اذا كان سعرهما في البلدة واحداً (فتح) .

المادة ٢٣٩ — ﴿ اذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته والاشارة اليه ﴾

لأن بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة (هداية) فاذا قال «بعتك هذا بهذه الدراهم التي في يدي» وهي مرئية له فقبل، جاز ولزم (فتح)

واعلم ان الاشارة انما تغني عن بيان المقدار لا عن بيان الصفة ، فإنه لو اراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفاً او بنهرجة كان له ان يرجع بالجياد ، لأن الاشارة للدراهم ، كالتنصيص عليها ، وهو ينصرف الى الجياد . ولو وجدها ستوقة او رصاصاً فسد البيع ، وعليه القيمة ان كان اتلفها . ولو قال اشتريت بهذه الصرة من الدراهم ، فوجد البايع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبايع، بخلاف ما لو قال : اشتريت بما في هذه الخابية ، ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار . وان كانت نقد البلد ، لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها . وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية، لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود كذا في فتح القدير ، فما في الدر المختار نقلاً عنه من ان في مسئلة الاشارة الى الصرة يخير، مخالف لما في الفتح كما نبه عليه في رد المحتار ، فافهم . وبهذا ظهر ان المراد بمشاهدة الثمن في هذه المادة ما هو اعم من مشاهدة عينه او وعائه . ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة (٢٠٢) من ان البيع في مثل الصورة المذكورة في هذه المادة انما يصح اذا لم يكن الثمن ربوياً قوبل بجنسه ولم يكن رأس مال سلم وهو كيلي او وزني وذكرنا هناك وجهه فارجع اليه .

﴿ واذا كان غائباً يحصل ببيان مقداره ووصفه ﴾

اما بيان مقداره فكأن يقول بعتك بخمسة دراهم او خمسة شنابل حنطة

بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ، فإنه ليس عوضاً مشاراً اليه ، فإن المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن بـه من الذهب ، فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار . ومما لا يجوز البيع به ، البيع بقيمته او بما يريد او يحب او برأس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان ، فلا يجوز فإن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه ، عاد جائزاً ، وكذا لا يجوز بالف درهم الا ديناراً او بمائة دينار الا درهماً . واما بيان وصفه فكأن يقول بعشرة دراهم بخاريه او سمرقندية او بعشرة ليرات مجيدية او فرنساوية او نحوها او بكر حنطة بحرية او صعيدية وكذا حورانية او سواديه . وقوله « عاد جائزاً » يفيد ان البيع بقيمته او بما يريد ، وكذا بالرقم وما اشبه ذلك ، كان قبل علم المشتري بمقداره في المجلس فاسداً ، وهو الذي في الشرنبلالية خلافاً لما في الدرر من باب البيع الفاسد حيث جعله من الموقوف

❊ فرع ❊

قال لمديونه ، بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وهذا الآخر بباقي العشرة ، جاز مع جهالة الثمن في كل منها وهذه ترد على هذه المادة ، لكن علله في الفتح بعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثاني اليه ، اذ به يصير ثمنها عشرة (افاده ابو السعود في حاشية مسكين) قال : ولم ار ما لو وجد باحدهما عيباً ، وينبغي ان يكونا في حكم صفقة واحدة فيردهما او يأخذهما (نهر) اهـ .

المادة ٢٤٠ = ❊ البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول اذا بيع فيه شيء بكذا ديناراً ولم يبين نوع من الدينار يكون البيع فاسداً والدراهم كالدنانير في هذا الحكم ❊

انما كان البيع فاسداً لجهالة وصف الثمن وهذا لأنه اذا كان الثمن مجهول الصفة تتحقق المنازعة فالمشتري يريد دفع الأدون والبايع يطلب الأرفع فلا يحصل

المقصود من شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعه (افاده الكمال في فتحه) ومحل الفساد اي فساد البيع ما اذا كانت الدنانير او الدراهم المتعددة مختلفةً في المالية متساويةً في الرواج ، كالبيع بماية ليرة مثلا في زماننا فإن الليرة متعددة الانواع وهي مختلفة في المالية متساوية في الرواج . اما اذا اختلفت رواجاً مع اختلاف ماليتها او بدونه فيصح البيع و ينصرف الى الأروج ، كما اذا باعه بماية ريال في زماننا فإنه يصح البيع وان لم يبين وصفه ، و ينصرف الى الريال المجيدي ، لأن غيره من الريال العمودي والريال الشوشي والريال السال وان كان غير مساو للريال المجيدي في المالية لكن لا رواج له في بلادنا اصلاً . وكذا يصح البيع لو استوت ماليةً ورواجاً و يخير المشتري بين ان يؤدي ايها شاء (افاده في رد المحتار) قال : والحاصل ان المسئلة رباعية وان الفساد في صورة واحدة وهي الاختلاف في المالية فقط ، والصحة في الثلاث الباقية ، كما بسطه في البحر اه .

المادة ٢٤١ ☼ اذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش كان للمشتري ان يودي الثمن من اي نوع شاء من النقود الرايجة غير الممنوع تداولها وليس للبايع ان يطلب نوعاً مخصوصاً منها ☼

لما قدمناه في شرح المادة (١٧٦) من ان القرش وان كان في الأصل اسماً لقطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية المساة في مصر نصفاً ، الا انه قد صار في زماننا اسماً لجزء معلوم الكم معدوم الكيف تقوم به انواع العملة المضروبة في زماننا . فالذهب المسمى بالليرة العثمانية يقوم بماية واحد منه في معاملات الخزينة وفي ماية وثلاثة وعشرين منه في رايج البلدة ، يعني في معاملات الناس بعضهم مع بعض ، وقد يقوم باكثر من ذلك في غير بلدتنا مثل دمشق و بيروت وخلافها ، و بأقل في غيرهما . والريال المضروب من الفضة المسمى بالريال المجيدي يقوم بتسعة عشر قرشاً في معاملات الخزينة و بثلاثة وعشرين قرشاً في معاملات الناس بعضهم مع بعض وقد يقوم باكثر من ذلك في مدينتي بيروت

والشام، وبأقل في غيرهما. فاذا اشترى احد بماية قرش مثلاً يقضي العرف والعادة بأن المشتري مخير في دفع ما يساوي المابة غرش من انواع العملة المضروبة، ان شاء من جنس الذهب، وان شاء من جنس الفضة المضروبين. ولا يكاد احد يفهم منه انه اراد ماية قطعة مضروبة من الفضة مساة بهذا الاسم.

واعلم انه ذكر في الدر المختار وحواشيه وغيرها ان المعتبر في مالية العملة زمان العقد ومكانه، فلو باع بألف قرش مثلا وكانت قيمة الليرة او الريال المجيدي كما ذكرنا آنفاً كان المشتري مخيراً في ان يدفع الألف قرش من اي نوع شاء ذهباً او فضة. فلو لم يقبض منه الثمن حتى غلت اسعار العملة، فعلى المشتري ان يدفع الثمن باعتبار قيمتها يوم العقد، يعني الليرة المجيدية بماية وثلاثة وعشرين قرشاً، والريال بثلاثة وعشرين قرشاً. وكذلك لو كانت المسئلة بحالها ولم يقبض البايع الثمن حتى لقي المشتري في بلدة اخرى قيمة العملة فيها اكثر من قيمتها في بلد العقد، فعلى المشتري ان يدفعها باعتبار قيمتها في بلد العقد ومكانه. وعلى هذا القياس لو رخصت اسعار العملة، او لقي البايع المشتري في بلدة اخرى وكانت قيمة العملة ارخص. وهذا اذا حصل الرخص او الغلاء لجميع انواع العملة، فلو بقي منها نوع على حاله او كان في البلدة الاخرى نوع منها قيمته مساوية لقيمته في بلد العقد، فالمشتري ملزومٌ بدفع ذلك الى البايع، وعلى البايع القبول. وكذلك اذا تفاوت الرخص والغلاء بين انواع العملة، فإن المشتري يؤمر بدفع المتوسط، لا بالاكثر رخصاً، ولا بالأقل. كما ان البايع مجبورٌ على قبول ذلك. هذا ما حرره الفاضل بن عابدين استظهاراً وتفقهاً في رسالته تنبيه الرقود. ومثله في حاشية رد المحتار، فليراجع.

المادة ٢٤٢ — اذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم على المشتري ان يودي الثمن من نوع النقود التي وصفها. مثلاً لو عقد البيع على ذهب مجيدي او الكليزي او فرنساوي او ريال مجيدي او عمودي لزم على المشتري ان يؤدي الثمن من النوع الذي وصفه وبينه من

لهذه الانواع ﴾

اي وان رخصت هذه النقود او غلت او كسدت او انقطعت. وهذا في الدراهم الخالصة والمغلوبة الغش لأنها ثمن خلقة ، فترك المعاملة بها لا يبطل ثمنيتها — بخلاف النقود النحاسية والغالبة الغش كالبشلك في زماننا ، فإنها اذا انقطعت عن ايدي الناس في السوق او كسدت بنهي السلطان عن التعامل بها ، او رخصت كما وقع في زماننا في البشلك والزهراوي ، فمذهب ابي يوسف المفتى به ان البيع بها يبقى صحيحاً ويجب على المشتري ان يدفع قيمتها من الذهب او الفضة يوم وقع البيع والقرض . فإذا كان كل عشرين بشلكاً قيمتها يوم البيع ذهب مجيدي مثلا وقد رخص البشلك او كسد او انقطع ، فعلى المشتري ان يدفع عن كل عشرين بشلكاً ، ذهباً مجيدياً ، لأنه قيمتها يوم البيع (افاده في رد المحتار) .

المادة ٢٤٣ — ﴿ لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد. مثلاً لو ارى المشتري البايع ذهباً مجيدياً في يده ثم اشترى بذلك الذهب شيئاً لا يجبر على اداء ذلك الذهب بعينه بل له ان يعطي البايع ذهباً مجيدياً من ذلك النوع غير الذي اراه اياه ﴾

يعني له ان يعطي غير المشار اليه مساوياً له جنساً ووصفاً وقدراً (كذا في الأشباه) وهذا الحكم خاص فيما اذا كان الثمن من النقدين المضروبين ، اما لو كان مصوغاً من الذهب والفضة ، او كان غير النقدين كالمكيلات والموزونات وقد اشير الى ذلك حين العقد ، فإنه يتعين بالتعيين اتفاقاً ، كما في حاشية الحموي على الأشباه — بمعنى انه لا يجوز للمشتري دفع غير المشار اليه . قال في رد المحتار : اذا اشترى العبد بهذا الكر من البر تعين ذلك الكر ، فلا يجوز له دفع غيره اه نعم لو هلك المشار اليه قبل القبض او استحق ، لا يبطل البيع كما يبطل بهلاك المبيع قبل

قبضه ، بل يلزمه دفع مثله جنساً وقدراً ووصفاً (افاده الحموي) ونقل عن الذخيرة ان الفلوس يعني المضروبة بمنزلة الدراهم والدنانير في انها لا تتعين بالتعيين اه ومثله في جامع الفصولين .

ثم ان عدم تعيين النقود بالتعيين ليس خاصاً في عقد البيع بل هو عام في جميع المعاوضات المالية الا في العقد الفاسد في احدى الروايتين ، يعني اذا باع شيئاً بيعاً فاسداً وقبض ثمنه ثم تفاسخا البيع ، قيل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه ان كان قائماً ، وقيل لا يتعين ، والاول اصح (افاده الزيلعي في التبيين) وفي تعيينه في الصرف بعد فساده لعدم التقابض او هلاك احد البدلين قبل قبضه روايتان ، والصحيح تعيينه . فيجب رد عين المقبوض ، كما في الأشباه وجامع الفصولين . وفيه ، برمز (شخ) : يتعين النقدان في التبرعات كهبة وصدقة ، والنقود تتعين في الشركات والمضاربات والوكالات بعد التسليم الى هولاء لكونها امانة ، وقبل التسليم لا تتعين اه وتتعين في الغصب ايضاً ، كما في الأشباه . فما في رد المحتار من انها لا تتعين فيما ذكر مخالف لما في الاشباه وشروحه ، ولما في جامع الفصولين والفصول العمادية ، فتنبه . وتتعين في الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبضه على شريكه ، وفيما اذا تبين بطلان القضاء ، فلو ادعى على آخر مالا واخذه ثم اقر انه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعي رد عين ما قبض ما دام قائماً (اشباه) .

وفي الحموي عن الولوالجية : لو انفق الوكيل بالشراء الدراهم على نفسه ، ثم اشترى بدراهم من عنده ، يكون المشترى له لا للموكل ، لبطلان الوكالة ، لأنها تعلقت بالدراهم المدفوعة الى الوكيل بعينها ، وقد هلكت اه .

وفيها عن البدايع : لو هلك المالان او احدهما في الشركة قبل الشراء سواء اكانا من جنس واحد او جنسين قبل الخلط ، بطلت الشركة ، لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات ، فقد هلك ما تعلق به العقد بعينه قبل ابرام العقد وحصول المقصود منه ، فيبطل العقد اه وتمام الكلام على ذلك في جامع الفصولين ، والفصول العمادية .

ح-٢

المادة ٢٤٤ — ✻ النقود التي لها اجزاء اذا جرى العقد على نوع منها كان للمشتري ان يعطي الثمن من اجزآء ذلك النوع لكن يتبع في هذا الأمر عرف البلدة والعادة الجارية مثلاً لو عقد البيع على ريال مجيدي كان للمشتري ان يعطي من اجزائه النصف او الربع لكن نظراً للعرف الجاري الآن في عرف دار الخلافة اسلامبول ليس للمشتري ان يعطي بدل الريال المجيدي من اجزائه الصغيرة العشر ونصفه ✻

ظاهره وان تساوت الاجزاء مع الأصل ماليةً ورواجاً . ونقل في رد المحتار عن القنية في باب المتعارف بين التجار كالمشروط : باع شيئاً بعشرة دنانير واستقرت العادة في ذلك البلد انهم يعطون كل خمسة اسداس مكان الدينار ، واشتهرت بينهم ، فالعقد ينصرف الى ما تعارفه الناس فيما بينهم في تلك التجارة ثم رمز (فك) جرت العادة فيما بين اهل خوارزم انهم يشترون سلعةً بدينار ثم ينقدون ثلثي دينار محمودية او ثلثي دينار وطوجن نيسابورية ، قال : يجري على المواضعة ولا تبقى الزيادة ديناً عليهم اه ومنه يعلم حكم بيع الحرير في زماننا فانه قد تعورف بين تجار الحرير في بلدتنا ان احدهم يشتري رطل الحرير بعشرين ريالاً مجيدياً مثلاً ثم يكسرون المجيدي باثنين وعشرين قرشاً ونصف فيبلغ قيمة رطل الحرير اربعماية وخمسين قرشاً فيخير المشتري بدفع الاربعماية وخمسين قرشاً من اي صنف شاء ذهباً او فضة او مغشوشة ، نظير ما اذا اشترى باربعماية وخمسين قرشاً . ثم ان لكل صنف من اصناف العملة قيمة معلومة فيما بينهم تزيد عن القيمة المتداولة بين الناس وهكذا قد شاع هذا العرف فيما بينهم حتى علمه البايع والمشتري وغيرهما والظاهر انه يقع البيع على ما تعارفوه قياساً على مسئلتي القنية ، فتأمل .

ج-٢

(الفصل الثاني)

« في بيان المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئة والتأجيل »

المادة ٢٤٥ - ﴿ البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح ﴾

اي والتأجيل لازم ، فليس للبايع حبس المبيع حتى يقبضه ولا المطالبة به قبل حلول الأجل الا في بدلي الصرف ، فان اشتراط التأجيل فيه باطل لاشتراط التقابض في بدليه في المجلس .

ومثله رأس مال السلم لاشتراط قبضه ايضاً ، بخلاف المسلم فيه فإنه يشترط التأجيل ..

والا في الاقالة فإن تأجيل الثمن فيها على البايع غير لازم ، فلو اجل المشتري البايع سنة عند الاقالة صحت الاقالة و بطل الأجل كما تقدم في بابها . واما لو تقابلا ثم اجله ، قيل يصح التأجيل ، لأن الصحيح ان الشرط الفاسد لا يلتحق بأصل العقد .

والا في الثمن الذي اخذ به الشفيع فإنه لو اجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح كما في البحر ، يعني ولو كان الشراء بمؤجل فإن الأجل لا يثبت في اخذ الشفيع (افاده في الدر وحواشيه) وفي الدرر: وان مات البايع لا يبطل الأجل ، وان مات المشتري حل المال ، لأن فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال ، فاذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل اه ثم اذا حل الأجل بموت المشتري فأجل البايع به اي بالثمن ورثته هل يصح التأجيل ؟ ذكر في الخلاصة انه لا يصح التأجيل . وفي الذخيرة : تأجيل رب الدين ماله على الميت لا يجوز ، والصحيح انه قول الكل ، لأن الأجل صفة الدين ، ولا دين على الوارث فلا يثبت الأجل في حقه ، ولا وجه ايضاً لثبوته على الميت لأنه سقط عن

ذمته بالموت ، ولا لثبوته في المال لأنه عين والاعيان لا تقبل التأجيل . وفي البرجندي : قال صاحب المحيط : الأصح عندي ان تأجيله صحيح ، وهكذا افتى الإمام قاضيخان ، لأنه وان كان هذا الدين يتعلق بالتركة ، لكنه يثبت في الذمة فلا يكون عيناً ، فيصح التأجيل . وافتى بعضهم بعدم الصحة (افاده في رد المحتار نقلاً عن العمادية) .

ولو باعه مؤجلاً الى سنة ، فعجل المشتري الدين قبل حلوله ، ثم استحق المقبوض او وجده زيوفاً فرده ، عاد الأجل . ولو اشترى من المديون شيئاً ثم تقايلا ، لا يعود الأجل . ولو رده بعيب بقضاء عاد . ولو كان لهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين (بحر عن الخانية) .

وفيه عن المحيط : واذا رضي البايع بالتأجيل فقد اسقط حقه في حبس المبيع فلو حل الأجل قبل قبضه فللمشتري قبضه قبل نقد الثمن اه .

وفيه عن الملتقط : عليه الف ثمن جعله الطالب نجوماً ، ان اخل بنجم حل الباقي ، فالأمر كما شرط اه .

المادة ٢٤٦ — ✻ يلزم ان تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والتقسيط ✻

لأن جهالته تفضي الى النزاع ، فالبايع يطالب في مدة قريبة ، والمشتري يأباها ، فيفسد البيع (بحر) .

المادة ٢٤٧ — ✻ اذا عقد البيع على تأجيل الثمن الى كذا يوما او شهراً او سنةً او الى وقت معلوم عند العاقدين كيوم قاسم او النيروز صح البيع ✻

اشار بقوله « معلوم عند العاقدين » الى ان يوم قاسم او النيروز اذا كان

مجهولاً عند العاقدين او احدهما يكون البيع فاسداً . ومثلها في هذا الحكم البيع الى المهرجان او صوم النصارى او فطرهم او فطر اليهود او صومهم بخلاف فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم للعلم به ، وهو خمسون يوماً (كذا في الدر وحواشيه)

المادة ٢٤٨ ﴿ تأجيل الثمن الى مدة غير معينة كامطار السماء يفسد البيع ﴾

ومثله البيع الى قدوم الحاج والحصاد للزرع والدياس للحب والقطاف للعنب ، لأنها تتقدم وتتأخر (تنوير وشرحه الدر)

ومن جهالة الأجل ما اذا باعه بألف على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر . ولو قال الى شهر على ان يؤدي الثمن في بلد آخر ، جاز بألف الى شهر ويبطل الشرط ، لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة غير صحيح . فلو له حملٌ ومؤنةٌ يصح

ومنها اشتراط ان يعطيه الثمن على التفاريق او كل اسبوع البعض (بحر)

ومنه ما في القنية : باعه بثمن نصفه نقد ونصفه اذا رجع من بلد كذا ، فهو فاسدٌ اه .

ومنه ما في الخانية : رجلٌ باع عبداً بألف على ان ينقده كل اسبوع بعض الثمن ، حتى ينقده خمسماية عند مضي الشهر كان فاسداً اه .

وفي الهندية : عن المحيط وان قال في رجب اجلتك الى رجب ، فهو على رجب القابل . وان قال الى انسلاخه فالى انسلاخ هذا الرجب اه .

وفي الدر المختار عن المنية : باع بحال ثم اجله اجلاً معلوماً او مجهولاً كنيروز وحصاد ، صار مؤجلا اه . وجزم به صاحب التنوير فجعله في متنه في باب البيع الفاسد ، وذكره في الهداية ايضاً ، وكذا في الزيلعي ومتن الملتقى والدرر وغيرها ، وعزاه في التتارخانيه الى الكافي (كذا في رد المحتار) وفي جامع الفصولين : الرواية محفوظة انه لو باع مطلقاً ثم اجل الثمن الى حصاد ودياس لا يفسد ويصح

الأجل اه . ووجهه بأن التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى الوقت المجهول، كالو كفل بمال الى الحصاد او الدياس . لكن في الخانية تصحيح فساد البيع ، سواء اجله الى هذه الاوقات في البيع او بعده ، وجعله مثل العرض وبحث فيه في رد المحتار ، فليراجع

وفي البحر عن السراج : الآجال على ضربين معلومة ومجهولة ، والمجهولة ضربان متقاربة ومتفاوتة ، فالمعلومة السنون والشهور والايام ، والمجهولة المتقاربة كالحصاد والدياس والنيروز والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجذاذ والقطاف وصوم النصارى وفطرهم ، والمتفاوتة كهبوب الريح والى ان تمطر السماء والى قدوم فلان والى الميسرة . فتأجيل الثمن الدين لمجهول بنوعيه لا يجوز وان كان الثمن عيناً فسد بالتأجيل ولو معلوماً . واذا اجل الدين اجلاً مجهولاً بجهالة متقاربة ثم ابطله المشتري قبل محله وقبل فسخه للفساد ، انقلب جائزاً . واذا مضت المدة قبل ابطاله تأكد فساده . وان كانت جهالته متفاوتة فإن ابطلها المشتري قبل التفرق انقلب جائزاً اه . ونظيره في رد المحتار من البيع الفاسد عن الحقائق . وفيه عن العناية : الجهالة المتقاربة ما كانت في التقدم والتأخر ، والمتفاوتة وهي الفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح اه . وفيه ان ابطال الأجل ان يقول المشتري ابطلت الأجل او اسقطته ، وليس المراد ان ينقده ، لما في جامع الفصولين : ابطل المشتري الأجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس او بعده ، جاز البيع عندنا استحساناً اه

المادة ٢٤٩ = ✻ اذا باع نسيئة بدون بيان مدة تنصرف الى شهر واحد فقط ✻

وبه يفتى (در) قال في البحر : كانه لأنه المعهود في الشهر وفي السلم وفي اليمين في ليقضين دينه آجلاً اه

المادة ٢٥٠ = ✻ يعتبر ابتداء مدة الأجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ✻

ولو كان في البيع خيار فمذ سقوط الخيار عنده لأن ذلك وقت استقرار

البيع وذلك تحصيلاً لفائدة التأجيل وهي التصرف في المبيع وايفاء الثمن من ربحه مثلاً ﴿ در مختار ﴾

﴿ مثلاً لو باع متاعاً على ان ثمنه مؤجل الى سنة فحبسه البايع عنده سنة ثم سلمه للمشتري اعتبر اول السنة التي هي الأجل من يوم التسليم فليس للبايع حينئذٍ ان يطالبه بالثمن الا لمضي سنة من يوم التسليم وسنتين من حين العقد ﴾

اشار بقوله « الى سنة » الى ان هذا الحكم فيما اذا كانت السنة منكرة ، ومثلها الشهر والشهران وهكذا . اما لو كانت معينة كسنة كذا ومثله الى رمضان مثلاً ، فلا ، لكونه لما عين تعين حقه فيما عينه ، فلا يثبت في غيره . واشار بقوله « فحبسه البايع » الى ان هذا الحكم فيما اذا كان منع التسليم من جهة البايع ، اما لو ترك المشتري التسليم مع تمكنه منه فلا ، بل من وقت البيع والتأجيل ، لأن التقصير منه حينئذٍ (افاده في الدر وحواشيه) ثم ان قوله في اول المادة « المذكورين في عقد البيع » وقوله في المثال « على ان ثمنه مؤجل الخ » يفيد ان الحكم ليس كذلك فيما اذا باعه بثمن حال ثم اجله سنة ، بل تعتبر من وقت التأجيل وان اخر البايع تسليم المبيع ، وهو الذي يظهر وان لم اره صريحاً لأنه لما اشترى حالا فقد رضي بايفاء الثمن من ماله لا من ربح المبيع ، تأمل .

المادة ٢٥٠ — ﴿ البيع المطلق ينعقد معجلاً ﴾

لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه ، والاجل لا يثبت الا بالشرط (بحر عن المعراج)

﴿ اما اذا جرى العرف في محل على ان يكون البيع المطلق موجلاً او مقسطاً بأجلٍ معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الأجل مثلا لو اشترى رجلٌ من السوق شيئاً بدون ان يذكر تعجيل الثمن

ولا تأجله ، لزم عليه اداء الثمن في الحـال اما اذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل باعطاء جميع الثمن او بعض معين منه بعد اسبوع او شهر ، لزم اتباع العادة والعرف في ذلك ٠

عطف العرف على العادة عطف تفسير ، كما في الاشباه وقوله « او بعض معين بعد اسبوع الخ » اي والباقي حالٌ ٠ وقوله « لزم اتباع العادة والعرف اي وان كان ذلك العرف في بلدة دون اخرى ، كما يشير الى ذلك قوله « في ذلك المحل الخ»

قال في الأشباه: لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم ان البايع أخذ كل جمعة قدراً معلوماً ، انصرف اليه بلا بيان ٠ قالوا : لأن المعروف كالمشروط اه والظاهر ان مثل ذلك ما اذا كان العرف جارياً في نوع مخصوص من انواع امتعة التجارة كالغزل او الحرير او الغاز دون غيره ، كما تعورف الآن في مدينة بيروت ان بيع الغزل عند الاطـلاق ينصرف مؤجلاً الى كذا شهراً ، ومثله الغاز ٠ قال الفاضل بن عابدين في رسالته المسماة نشر العرف بعد نقله عبارة الاشباه السابقة : ولا شك ان هذا لم يتعارف في كثير من البلاد ٠ فاعتبر فيه عرف اهل ذلك السوق الخاص ، مع ان المنصوص عليه في كتب اهـل المذهب حلول الثمن ما لم يشترط تأجيله اه ولا بد في ذلك العرف ان يكون مطرداً شايعاً بين اهله يعرفه جميعهم ، بخلاف ما اذا كان مشتركاً بأن كان بعض التجار يبيع بحال و بعضهم لأجل معين ، او كان ذلك النوع من امتعة التجارة تارة يباع بحال وتارة لاجل ، فهذا لا ينبني عليه هذا الحكم للتردد في ان العاقد قصد هذا المعنى ، يعني التأجيل ، او ذاك ، فلا يتعين احـد المعنيين لتعارضهما بتحقق الاشتراك ، فيرجع الحكم الى الأصل ، وهو الحلول ٠ و ينبغي تقييد هذا بما اذا لم يغلب احد المعنيين على الآخر ، لأن الاشتراك يقتضي تساوي المعنيين ٠ فلو كان احدهما اشهر كانت الشهرة قرينة على ارادته لأن المرجوح لا يعارض الراجح ٠ ولذا قال في الأشباه انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت اه افاده الفاضل بن عابدين في رسالته المذكورة ٠ راجع المواد ٤١ و٤٢ و٤٣ و٤٤ ٠

ح ـ ٢

﴿ الباب الرابع ﴾

في بيان المسايل المتعلقه بالتصرف في الثمن والمثمن بعد العقد ويشتمل على فصلين

(الفصل الاول)

في بيان حق تصرف البايع بالثمن والمشتري بالمبيع بعد العقد وقبل القبض

المادة ٢٥٢ = ﴿ البايع له ان يتصرف بثمن المبيع قبل القبض ﴾

سواء كان الثمن عيناً او حاضراً ، كما اذا اشترى عبداً بهذه الدراهم او بهذا الكر من البر ، او ديناً في الذمة كما اذا اشترى العبد بعشرة دراهم او بكر بر . لكن اذا كان عيناً فتصرف البايع فيه بتمليكه بعوض او بغيره جايز من المشتري ومن غيره . واما اذا كان ديناً في ذمة المشتري فلا يجوز تمليكه ببيع او هبة الا من المشتري لانه دين كساير الديون ، والدين لا يجوز تمليكه الا ممن عليه الدين . نعم يجوز له ان يتصرف فيه بغير التمليك مطلقاً كالحوالة به . والى هذا الاشارة بقوله:

﴿ مثلاً لو باع ما له من آخر بثمن معلوم له ان يحيل بثمنه دائنه ﴾

ومثال ما اذا ملكه بعوض للمشتري ، ان يشتري البايع من المشتري شيئاً بالثمن الذي له عليه ، او يستأجر به عبداً او داراً للمشتري . ومثال ما اذا ملكه بغير عوض ان يهب منه الثمن فإنه يملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه للقبض وكذا الصدقة واما في الوصية فالظاهر ان للموصي مطالبته بعد الوصية بدفع الثمن وان لم يرجع عن الوصية ولا يكون ذلك رجوعاً عنها لان الموصي له انما يملك الموصى به بالقبول بعد

موت الموصي على ما عرف في محله (افاده ابو السعود في حاشيته)

واعلم ان قولهم تمليك الدين ممن ليس عليه الدين لا يجوز ، مقيد بما اذا لم يسلطه على قبضه . اما اذا سلطه فيجوز ، كما اذا وهب الدين الذي له في ذمة احد لآخر واذن له في قبضه فقبضه جاز وتمت الهبة كما سيأتي في المادة ٨٤٨ وفي رد المحتار لا يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين الا اذا سلطه عليه . واستثنى في الاشباه من ذلك ثلاث صور الاولى اذا سلطه على قبضه فيكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه ، الثانية الحوالة ، الثالثة الوصية اه

المادة ٢٥٣ = ❋ للمشتري ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان كان عقاراً ❋

عند الامامين . وقال محمد لا يجوز بيعه كالمنقول . ومحل الخلاف في عقار لا يخشى هلاكه ، فلو تصور هلاكه بأن كان علواً او على شط نهر ونحوه ، كان كالمنقول لا يصح بيعه اتفاقاً ، كما في الدر والدرر والبحر وغيرها . وتوجيه كل من القولين مبسوط في الدرر وغيرها . واشار بقوله « للمشتري ان يبيع الخ » الى ان بيعه جائز لكن لا يلزم من جواز البيع نفاذه ولزومه ، فإنهما موقوفان على نقد الثمن او رضى البايع ، والا فللبايع ابطاله — اي ابطال بيع المشتري . وكذا كل تصرف يقبل النقض اذا فعله المشتري قبل القبض او بعده ، وكان القبض بغير اذن البايع ، فللبايع ابطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد (كذا في رد المحتار عن البحر) وانما كان القبض قبل نقد الثمن بلا اذن البايع غير معتبر ، لأن له استرداده وحبسه الى قبض الثمن .

والتقييد بالبيع احترازاً عن الاجارة ، فإن اجارة العقار قبل قبضه لا تجوز بلا خلاف ، لأن المنافع بمنزلة المنقول ، والاجارة تمليك المنافع ، فيمتنع جوازها قبل القبض . وفي الكافي : « وعليه الفتوى » (شرنبلاليه عن الفتح)

واما هبة العقار قبل قبضه من غير البايع ، فجائزة عند الكل — كما في البحر عن الحاوية — لحصول القبض من الموهوب له ، كما يأتي . والظاهر ان مثل الهبة

التصدق به ورهنه واعارله لظهور علة صحة الهبة فيها ، وليراجع . وفي الخانية : لو اشترى داراً وعقاراً فرهنها قبل القبض من غير البايع ، يجوز عند الكل . ولو اجرها قبل القبض من البايع او غيره ، لا يجوز عند الكل اه

والتقييد بكون العقار مبيعاً انما هو لكونه في صدد بيان تصرف المشتري بالمبيع ، لا للاحتراز عن غير المبيع . فإن بيع العقار اذا كان مهراً او ميراثاً او بدل صلح عن دم عمد قبل قبضه ، يجوز اتفاقاً ، كما اذا كان منقولا . واما اذا كان بدل صلح عن مال ، فالظاهر ان فيه خلاف محمد رحمه الله تعالى ، لأنه بيع كما سيأتي .

والتقييد بكون البيع لآخر احترازاً عن بيعه لبائعه قبل قبضه ، فإنه فاسد كما في المنقول ، ويراجع (طحطاوي) قلت : و يؤيده ما في الخانية : باع المبيع من البايع قبل القبض ، لا يجوز البيع الثاني ، ولا ينفسخ الأول . ولو وهب من البايع لا تجوز الهبة ، و ينفسخ الاول اه فقوله « باع المبيع » يعم العقار والمنقول

﴿ وان كان منقولاً فلا ﴾

يعني وان كان المبيع منقولاً فليس للمشتري ان يبيعه لآخر لأن بيعه فاسد اتفاقاً — الا اذا سلطه على قبضه فقبضه ، كما في الفتح . ودخل في البيع الاجارة لأنها بيع المنافع ، والصلح عن الدين لانه بيع (طحطاوي) فليس للمشتري ان يؤجر المبيع من آخر قبل قبضه ، ولا ان يصالح به عن دعوى دين عليه .

والتقييد بالبيع لاخراج العتق والتدبير واقرار المشتري بأن المبيعة أم ولده ، فإنه يجوز قبل القبض بالاتفاق كما في البحر . وكذلك هبته والتصدق به واقراضه ورهنه واعارته من غير بائعه قبل القبض ، فإنه جائز قبل القبض على قول محمد ، وهو الاصح — كما في الدر المختار ، ومثله في الزيلعي — خلافاً لأبي يوسف . والأصل عند محمد ان كل تصرف يجوز من غير قبض كالبيع والأجارة اذا فعله المشتري قبل القبض ، لا يجوز . وكل ما لا يجوز الا بالقبض كالهبة ونحوها اذا فعله المشتري قبل القبض ، جاز (هندية) لأن الهبة مثلاً لما كانت لا تتم الا بالقبض ، صار الموهوب له نائباً عن الواهب — وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه —

ثم يصير قابضاً لنفسه ، فتتم الهبة بعد القبض بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع مثلاً فإنه لا يجوز ، لأنه اذا قبضه المشتري الثاني لا يكون قابضاً عن الأول لعدم توقيف البيع على القبض ، فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه ، وهو لا يصح اه . (رد المحتار)

وتقييد المنقول بكونه مبيعاً لاخراج ما اذا كان عيناً هي ميراث او موصى بها اومهراً او بدل خلع او عتق على مال او بدل صلح عن دم العمد ، فان بيع ما ذكر قبل القبض جائز اتفاقاً . والأصل في هذا ان كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض ، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه . كالمبيع في البيع ، والاجرة اذا كانت عيناً في الاجارة ، وبدل الصلح عن الدين اذا كان عيناً لا يجوز بيع شيء من ذلك ولا ان يشرك فيه غيره . وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز ، كالمهر اذا كان عيناً وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد . كل ذلك اذا كان عيناً يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه . وسائر التصرفات (افاده في الفتح) .

ثم ان الشق الأول من هذا الأصل ، وهو ما ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض جار على اطلاقه عند ابي يوسف من كونه لا يجوز التصرف في عوضه المعين قبل القبض مطلقاً . وعند محمد مقيد بما اذا كان ذلك التصرف يتم بلا قبض كالبيع والاجارة والصلح عن الدين ، بخلاف ما اذا كان ذلك التصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة فإنه يجوز كما علمت من اصله السابق . وقدمنا ان قول محمد هو الأصح ، وعليه مشى في متن التنوير .

وهذا كله اذا تصرف المشتري قبل القبض مع اجنبي واما اذا تصرف فيه مع بايعه ، فإن باعه منه لم يجز بيعه اصلاً قبل القبض (هندية) ولم ينتقض البيع الاول (در مختار) ولو وهبه من البايع قبل قبضه فقبله البايع انتقض البيع لأن الهبة مجاز عن الاقالة ، بخلاف بيعه فإنه لا يحتمل المجاز عن الاقالة لأنه ضدها (طحطاوي)

وفي الهندية : ولو وهبه البايع لا يصح ، ولو رهنه منه فقبله ينفسخ البيع ، وان لم يقبل البايع الهبة بطلت الهبة والبيع صحيح على حاله اه .

٢ جـ

تتمة

جميع ما مر انما هو في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه . فلو تصرف فيه البايع قبل قبضه ، فإما بأمر المشتري اولا . فلو بأمره كأن امره ان يهبه من فلان او يؤجره ففعل وسلم ، صح وصار المشتري قابضاً . وكذا لو أعار البايع او وهب او رهن فأجاز المشتري . ولو قال ادفع الثوب الى فلان يمسكه الى ان ادفع لك ثمنه ، فهلك عند فلان ، لزم البايع . لأن امساك فلان لأجل البايع . ولو امره بالبيع ، فإن قال بعه لنفسك ، او بعه ، ففعل ، كان فسخاً وان قال بعه لي ، لا يجوز . واما تصرفه بلا امر المشتري كما لو رهن المبيع قبل قبضه او آجره او اودعه فمات المبيع ، انفسخ بيعه ، ولا تضمين ، لأنه لو ضمنهم رجعوا على البايع . ولو اعاره او وهبه فمات ، او اودعه فاستعمله المودع فمات ، فإن شاء المشتري امضى البيع وضمن هولاء ، وان شاء فسخه ، لأنه لو ضمنهم لم يرجعوا على البايع . ولو باعه البايع فمات عند المشتري الثاني ، فالأول فسخ البيع وله تضمين المشتري الثاني ، فيرجع بالثمن على البايع ان كان نقده . (كذا في رد المحتار)

ثم قال : وفي جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البايع من آخر بأكثر ، فاجازه المشتري ، لم يجز ، لانه بيع ما لم يقبض اه و يظهر منه ومما قبله انه يبقى على ملك المشتري الاول ، فله اخذه من الثاني لو قائماً ، وتضمينه لو هالكا والظاهر ان له اخذ القائم لو كان نقد الثمن لبائعه ، والا فلا ، الا بإذن بايعه ، تأمل اه — قلت : وفي الفتاوي الانقروية عن القنية : اشترى داراً او عبداً او عرضاً . وتركها في يد البايع و باعها وربح ، فالبيع باطل . وان اجاز المشتري ، ففاسد ايضاً ، ويجب فسخه اه .

فروع

لو اشترى ارضاً فيها زرع بزرعها فدفعها الى البايع معاملة بالنصف قبل القبض ، لا يجوز ، لأنه آجر الارض فإن دفع الزرع معاملة يكون استئجاراً

للعامل ، ولا يكون اجارة الارض وانما لا يجوز لأنه باع نصف الزرع قبل القبض اهـ . (خانية)

اشترى داراً ووقفها قبل القبض وقبل نقد الثمن ، فالأمر موقوف ان ادّى الثمن ، وقبضها جاز الوقف (هندية)

وفيها : اشترى ثوباً ولم يقبضه ، فأمر البايع خياطاً ان يقطعه له قميصاً بأجر او بغير اجر لا يكون للمشتري ان يضمن الخياط ، ويرجع بالقيمة على البايع .

ولو اشترى شاةً فأمر البائع انساناً ان يذبحها ، ان علم الذابح بالبيع فللمشتري ان يضمنه ، الا انه لو ضمنه لا يرجع على البايع . وان لم يكن الذابح قد علم بالبيع ، فليس للمشتري ان يضمنه اهـ .

وانظر ما الفرق بين مسئلتي الخياط والذابح ، حيث فصل في تضمين الذابح بين علمه بالبيع وعدمه ، واطلق في عدم تضمين الخياط ، تأمل .

باع عبداً وسلمه ثم اقال ، فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ، ومن الاجنبي لا يجوز . والأصل ان البيع متى انفسخ بسبب ، فهو فسخٌ من كل وجه في حق كافة الناس ، فبيعه قبل القبض جائز من كل احد ، وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الأجنبيّ (كذا في الفتح) .

(الفصل الثاني)

= في بيان التزييد والتنزيل في الثمن والمبيع بعد العقد

عبر بالتزييد ليفيد ان الزيادة المذكورة في هذا الفصل انما هي الزيادة المشروطة واما الزيادة المتولدة من المبيع كالولد والعقر والارش والثمر واللبن والصوف وغيرها ، فإنها مبيعة ، كما في (الهنديه)

وفي التتارخانية : كل زيادة تولدت من نفس المبيع ، فإن حدثت قبل القبض ، كان لها حصة من الثمن على اعتبار القبض فإن ورد القبض على الاصل والزيادة ،

ج — ٢

قسم الثمن على الأصل والزيادة . ويعتبر في الانقسام قيمة الأصل يوم العقد ، وقيمة الزيادة يوم القبض . وان حدثت هذه الزيادة بعد القبض ، كانت مبيعة تبعاً ولا حصة لها من الثمن اصلاً . ولو اتلف البايع النماء المتولد من المبيع قبل القبض وسقط حصته من الثمن ، يقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة النماء يوم الاستهلاك ولا خيار له عند ابي حنيفه رحمه الله . وقالا : له الخيار اه .

وفي الهندية : ولو استهلك النماء اجنبي ضمن قيمته وكان مع الأصل مبيعاً (هكذا في المحيط) .

ثم ان هذه الترجمة تشتمل على اربعة مسائل وهي : الزيادة في الثمن ، والحط منه ، والزيادة في المبيع ، والحط منه ، كما لا يخفى . غير ان مواد هذا الفصل قد بينت ثلاثة منها ، وهي الزيادة في الثمن والحط منه ، والزيادة في المبيع ، واهملت بيان الرابعة ، وهي الحط من المبيع . وكذا لم تذكر هذه المسئلة في الهداية والدرر والملتقى والكنز . لكن ذكرها في التنوير ، وعبارته مع شرحه الدر المختار : ويصح الحط من المبيع ان كان المبيع ديناً . وان عيناً لا يصح لأنه اسقاط ، واسقاط العين لا يصح ، بخلاف الدين اه .

ونقل الطحطاوي عن المحيط : اشترى قفيز حنطة بعينه فحط عن البائع عن ربعه قبل القبض ، لم يجز ، لأنه عينٌ واسقاط العين لا يصح . ولو اشترى قفيزاً من صبرة ثم حط ربعه قبل القبض ، جاز ، لأنه دين واسقاط الدين يصح اه .

ثم ان قيام المبيع شرط في صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية كما في الهداية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه ، يعني بتلك الزيادة في الثمن . وليس بشرط في صحة الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع ، ففي البقالي تجوز بخلاف الزيادة في الثمن اه . خلافاً للعيني على الكنز كما سيأتي — ولا في الحط من الثمن فلو زاد في المبيع بعد هلاكه — او حط من الثمن بعد هلاك المبيع يصح في الأولى على ما في الفتح والتنوير والجوهرة ، وفي الثانية اجماعاً ، كما في الجوهرة قال في الفتح : ان اسقاط عوض المعدوم يصح ، والاعتياض عنه لا يصح اه بقي الحط من المبيع اذا كان ديناً بعد هلاكه ، ولم ار احداً ذكره ، والظاهر انه لا يتصور ، كما لا يخفى .

المادة ٢٥٤ - ﴿ للبايع ان يزيد مقدار المبيع بعد العقد ﴾

ولو بعد هلاك المبيع ، كما علمت . لأن الزيادة تثبت في مقابلة الثمن ، وهو قائم (رد المحتار عن البحر) ومثله في كثير من الكتب ، كالفتح وغيره . لكن في شرح العيني على الهداية ما نصه : زيادة البايع للمشتري في المبيع جائز ما دام المبيع قائماً . لأن المعقود عليه مادام قائماً كان العقد قائماً لقيام اثره ، وهو الملك المستفاد في العين . فاذا هلك لم تصح الزيادة ، لأن العدم لا يصح تغييره . بخلاف الحط ، فأنه يصح بعد هلاك المعقود عليه ، فإنه ان امكن ان يجعل تغييراً للعقد بأن كان العقد قائماً ، جعل تغييراً وان لم يمكن جعله تغييراً كما في حالة الهلاك ، جعل ابراءً عن الدين ، فصح الحط في الحالين اه . وصرح في شرحه على الكنز بأن الزيادة في المبيع لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية بخلاف الحط ، لأنه اسقاط محض . ونقل عن المحيط ان جواز الزيادة بعد الهلاك انما هو في رواية النوادر ، وعزاها في الفتح الى جمع التفاريق والمنتقى ، وانت خبير بأنه لا يجوز العدول عن ظاهر الرواية ما لم يصرحوا بتصحيح خلافها ، ولم ار ذلك لأحد فليراجع وليتدبر . ثم رأيت في مجمع الانهر ما يوافق ما ذكره العيني في شرحيه ، فافهم .

ويستثنى من المبيع المسلم فيه فإنه لا تجوز الزيادة فيه كما في الزيلعي . قال : لأنه معدوم حقيقةً وانما جعل في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا تجوز اه . ودل كلام المعراج على جواز الحط من المسلم فيه (رملي) كذا في رد المحتار .

﴿ فالمشتري اذا قبل في المجلس الزيادة كان له حق المطالبة بتلك الزيادة ولا تفيد ندامة البايع . واما اذا لم يقبل في مجلس الزيادة وقبل بعده فلا عبرة بقبوله مثلا لو اشترى عشرين بطيخة بعشرين

قرشاً ثم بعد العقد قال البايع اعطيتك خمسة اخرى ايضاً فإن قبل المشتري هذه الزيادة في المجلس اخذ خمسة وعشرين بطيخة بعشرين قرشاً واما لو لم يقبل في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يجبر البائع على اعطاء تلك الزيادة ❊

والظاهر ان الحكم كذلك لو كانت الزيادة من غير جنس المبيع ، كما اذا زاده في هذه المسئلة ثوباً مثلاً كما عمموا ذلك في جانب الزيادة في الثمن كما سيأتي ، ولم اره الآن صريحاً ، فليراجع .

المادة ٢٥٥ — ❊ للمشتري ان يزيد بالثمن بعد العقد ❊

سوآء كانت الزيادة من جنس الثمن او غيره ، في مجلس البيع او بعده ، من المشتري او من ورثته (كذا في الدر المختار)

وفي الهندية عن المحيط والخلاصة : ثم في كل موضع تصح الزيادة من المشتري ، تصح من الأجنبي ايضاً ولو زاد الأجنبي ، ان زاد بأمر المشتري تجب على المشتري ولا تجب على الاجنبي ، وان زاد بغير امره فهي موقوفة ان اجاز المشتري لزمته ، وان لم يجز بطلت . ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري او اضافها الى مال نفسه ، لزمته الزيادة ، وبعد ذلك ينظر : فإن كانت بأمر المشتري يرجع عليه والا فلا ولم ار ما اذا كانت الزيادة في الثمن من المشتري لورثة البايع بعد موته ، او من البائع في المبيع لورثة المشتري بعد موته . ثم رأيت في التتارخانية ما نصه : وان مات احد المتعاقدين جازت الزيادة من ورثتهما كما جازت منهما اه منه . والظاهر ان الزيادة لا تصح لزوال ملك المبيع عن المشتري وانتقاله لورثته ، فهو من الهالك حكماً ، كما لو باعه المشتري من آخر كما يأتي ، فليتأمل وليراجع .

وقدمنا ان قيام المبيع شرط في صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية . قال في الدر المختار : فلا تصح بعد هلاكه ولو حكماً على الظاهر — بأن باعه ثم زاده اه وعلله في رد المحتار بأن تبدل الملك كتبدل العين قال : ولذا يمتنع لذلك رده

بالعيب والرجوع بالهبة اه . وعبارة الهندية : وانما تصح الزيادة اذا كان المبيع محلاً للعقد فلو آجر المشتري او رهن او ذبح او خاط او اتخذ ضيفاً او قطعت يده واخذ المشتري ارشها . صحت الزيادة . الا انه لو باع من المرتهن او المستأجر او باع بعد الذبح والخياطة وغيرها ، لا تصح . ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد او مات او قتل او وهب او باع او طحن او نسج او تخمر او اسلم مشتري الخمر ، او كان دقيقاً فخبزه او اتخذ اللحم قلية او سكباجاً او شاة فجعلها ار باً ار باً ، ثم زاد في الثمن ، لا يصح . ولو زاد بعد ما صار الخمر خلا ، صحت الزيادة بلا خلاف اه .

❋ فاذا قبل البايع تلك الزيادة في ذلك المجلس كان له حق المطالبة بها ولا تفيد ندامة المشتري . واما لو قبل بعد ذلك المجلس فلا يعتبر قبوله حينئذٍ مثلاً لو بيع حيوان بألف قرش ثم بعد العقد قال المشتري للبايع زدتك مايتي قرش وقبل البايع في ذلك المجلس اخذ المشتري الحيوان المبتاع بألف ومايتي قرش . واما لو لم يقبل البايع في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يجبر المشتري على دفع المائتي قرش التي زادها ❋

وكذا الحكم لو كانت الزيادة عرضاً او حيواناً ثم ان الزيادة في الثمن انما تجوز اذا لم تؤد الى جهالة الثمن ، والا فلا تجوز . ففي الهندية والتتارخانية ما نصه : وفي المنتقى : رجل اشترى عبدين صفقةً واحدةً بالف درهم وتقابضا او لم يتقابضا حتى زاد المشتري مائة في ثمن احد العبدين بعينه او قال في ثمن احدهما بعينه ، جازت . وكذا اذا زاد في ثمن احدهما لا بعينه . وجعل القول قول المشتري في اضافة الزيادة الى احد الثمنين اه . تأمل هذا مما سيأتي عن الخلاصة والبزازية وغيرهما من ان الزيادة تصح وان كانت مفسدة للعقد والتحقت بأصل العقد وافسدت العقد ايضاً عنده خلافاً لهما اه فلعل ما الهندية والتتارخانية جار على قولهما ، تدبر وراجع :

ج — ٣

المادة ٢٥٦ = ﴿ حط البائع مقداراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح ومعتبر ﴾

وكذا حط جميعه، و يسقط عن المشتري وان كان حط الجميع لا يلتحق بأصل العقد كما سيأتي. والحط معتبر ولو بعد هلاك المبيع لأن اسقاط عوض المعدوم صحيح اجماعاً كما تقدم عن الفتح والجوهرة، وسواء كان قبل قبض الثمن او بعده، الا اذا كان الحط بلفظ البرائة كما سيأتى وفي رد المحتار و كذا يصح الحط من رأس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم (رملي على المنح) اه.

﴿ مثلاً لو بيع مال بماية قرش ثم قال البائع بعد العقد حططت من الثمن عشرين قرشاً كان للبائع ان يأخذ مقابل ذلك المال ثمانين قرشاً فقط ﴾

وليس له المطالبة بما حطه ، وهو العشرون ، لولم يكن قبض الثمن فلو كان قبضه وجب عليه رد العشرين للمشتري ، وهذا اذا كان بلفظ الحط ، ومثله ما اذا كان بلفظ الهبة ، كما اذا قال بعد القبض . وهبتك من الثمن عشرين. وكذا اذا كان بلفظ براءة الأسقاط فإنه يصح ، و يجب عليه رد العشرين ، لان الدين باق في ذمه المشتري بعد القضاء لانه لا يقضي عين الواجب ، بل مثله ، الا ان المشتري لا يطالب به لأن له مثله على البايع بالقضاء فلا تفيد المطالبة ، فقد صادف الحط والهبة وبرائة الأسقاط دينًا قائمًا في ذمة المشتري ،فيسقط . اما لو كان بلفظ براءة القبض والاستيفاء كما لو قال بعد القبض ابرأتك عن عشرين من الثمن برائة قبض واستيفاء، او ابرأتك عنها لأني قبضتها ، ونحو ذلك،فلا يجب عليه رد شيء كما هو ظاهر . ولو انه اطلق البرائة بأن قال بعد القبض ابرأتك عن عشرين من الثمن ولم يزد على ذلك، فكذلك لا يجب عليه رد شيء على ما ذكره شيخ الاسلام،لأن البرائة عند الاطلاق تحمل على برائة القبض والاستيفاء عنده. وذكر السرخسي

ان الابراء المضاف الى الثمن بعد الاستيفاء صحيح، حتى يجب على البايع رد ما قبض. وسوى بين الابراء والهبة والحط . هذا حاصل ما في البحر عن الذخيرة ، ومثله في الهندية والتتارخانية قال في النهر :وعرف من هذا انه لا خلاف في رجوع الدافع بما اداه اذا ابرأه البائع برائة اسقاط ، وفي عدم رجوعه اذا ابرأه براءة قبض واستيفاء وان الخلاف مع اطلاق البرائة اه وفي رد المحتار : قلت والظاهر ان المبيع الدين مثل الثمن فيما ذكراه .

المادة ٢٥٧ = ✻ زيادة البايع في المبيع والمشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن بعد العقد يلتحقان باصل العقد يعني يصير كأن العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والحط ✻

لكن ذلك الالتحاق بالاستناد وهو ان ، يثبت اولاً في الحال ثم يستند الى وقت العقد. ولهذا لا تثبت الزيادة في صور هلاك المبيع ، كما مر ، لان ثبوته في الحال متعذر لانتفاء المحل، فتعذر استناده كالبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة بعد هلاك المبيع كما في (رد المحتار عن الفتح) اي ولولا انه يثبت اولاً في الحال ثم يستند لما امتنعت الزيادة بعد هلاك المبيع. ثم ان التحاق الحط بأصل العقد مقيد بما اذا لم يكن من الوكيل حتى لو حط الوكيل ببيع الدار عن المشتري مائة صح و ضمن للموكل وبأخذها الشفيع بجميع الثمن لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد كما في حاشية ابي السعود عن النهر ، ومثله في رد المحتار عن شفعة الخانية. ومحل التحاق المحطوط بأصل العقد ، اذا لم يكن المحطوط تبعاً ووصفاً ، فإن كان يلتحق حتى لو اشترى داراً بالف ونقد زيوفاً او بنهرجة برضا البايع بأخذها الشفيع بالجياد. وكذا اذا اشترى داراً بعبد فاعور ورضي به البايع فان الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحاً (زيلعي)

ج — ٢

المادة ٢٥٨ = ❊ ما زاده البايع في المبيع بعد العقد يكون له حصة من الثمن المسمى. مثلاً لو باع ثماني بطيخات بعشرة قروش ثم بعد العقد زاد البائع في المبيع بطيختين فصارت عشرة وقبل المشتري في المجلس يصير كأنه باع عشرة بطيخات بعشرة غروش. حتى لو تلفت البطيخات المزيدتان قبل القبض لزم تنزيل ثمنهما قرشين من اصل ثمن البطيخ فليس للبائع حينئذٍ ان يطلب من المشتري سوى ثمن ثمان بطيخات ❊

بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض، والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعاً للأصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صحت زالت الضرورة، فزالت التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق بأصل العقد لأنها كانت موجودة وقت العقد، فأمكن تقدير ورود العقد عليها فصار كان العقد ورد على الأصل وعلى الزيادة جميعاً واما الزيادة المتولدة فمعدومة، وقت العقد، فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الأصل لا بالعقد، فإذا قبضها صارت اصلاً بالقبض، لأن القبض مثبت بالعقد فيصير لها حصة من الثمن حتى لو وجد بأحدهما عيباً رده بحصته من الثمن، بقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض (زيلعي) وفي الهندية الزيادة المتولدة لا تزاحم المبيع في الزيادة المشروطة ما دام المبيع قائماً، حتى كانت الزيادة المشروطة زيادة على المبيع دون الولد اعني الزيادة المتولدة، والثمن ينقسم اولاً على المبيع وعلى الزيادة المشروطة ثم ما اصاب المبيع ينقسم عليه وعلى الزيادة المتولدة وتعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة المشروطة يوم الزيادة، وقيمة الزيادة المتولدة يوم قبضه، فلو اشترى

جارية قيمتها الف درهم بألف درهم فولدت الجارية قبل القبض ولداً قيمته الف درهم ، ثم ان البايع زاد المشتري غلاماً يساوي الف درهم ، ثم ازدادت قيمة الولد فصارت الفي درهم ، ثم قبضهم المشتري ونقد الألف ، ثم وجد بالولد عيباً ، رده بثلث الالف ، وان وجد بالام عيباً ردّها بسدس الالف ، وان وجد بالزيادة عيباً ردّها بنصف الالف ، لانه ينقسم الثمن على قيمة الجارية وقت العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم زاد . ثم ما اصاب الجارية ينقسم على قيمتها يوم العقد وعلى قيمة العبد المدفوع بألفين يوم قبضه المشترى ، فاذا وجد بأحدهم عيباً رده بالحصة اه ملخصاً ، وتمام فروع المسئلة فيها .

❋ كذلك لو باع من ارضه الف ذراع بعشرة آلاف قرش ثم بعد العقد زاد البايع مايـة زراع وقبل المشتري في المجلس فتملك رجل الارض المبيعة بالشفعة كان لهذا الشفيع اخذ جميع الالف ومائة ذراع المبيعة والمزيدة بعشرة آلاف قرش ❋

تضمنت هذه المادة مسئلتين من المسايل التى يظهر فيها اثر الالتحاق بأصل العقد في الزيادة في المبيع ، وهي كون الزيادة فيه لها حصة من الثمن ، وكون الشفيع يتملكها مع الأصل حيث كان الاصل والزيادة عقاراً . وانظر ماذا كانت الزيادة وحدها عقاراً بأن باع عبداً ثم زاده البايع عقاراً وقبل المشترى ، والظاهر ان الشفيع يتملك الزيادة وحدها ، حيث كانت عقاراً ، بما يخصها من الثمن ، كما لو باع عبدا وعقاراً . ولم اره الآن صريحاً ، فليراجع .

وما يظهر فيه اثر الالتحاق فساد العقد اذا كانت تلك الزيادة مفسدة له ففي الخلاصة عن التجريد : اذا كانت الزيادة مفسدة للعقد صحت والتحقت بأصل العقد ايضاً ، فيفسد العقد . وعندهما لاتلتحق بأصل العقد ، ولا تصح الزيادة اه ومثله في البزازية . فلو كان العقد صرفاً بأن باع الدراهم بالدراهم متساوية ، ثم زاد احدهما او حط ، وقبل الآخر وقبض الزايد في الزيادة او المردود في الحط ، فسد العقد كأنها عقداه كذلك من الابتداء عند ابي حنيفة (زيلعي) وكذا اذا زاد في المبيع ما لايجوز بيعه كرطل من خمر تصح الزيادة ويبطل العقد كأنها عقداه

كذلك (نهر) ومنها ما في التاتارخانية : اشترى عشرة من الثياب بمائة درهم فزاده البايع بعد العقد ثوبا آخر ثم اطلع على عيب في احد الثياب ، ان كان قبل القبض فالمشترى بالخيار : ان شاء فسخ البيع في جميعها ، وان شاء رضي بها . وان كان بعد القبض فله ان يرد المعيب بحصته من الثمن ، وان كانت الزيادة هي المعيبة .

المادة ٢٥٩ ❊ اذا زاد المشتري في الثمن شيئاً كان مجموع الثمن مع الزيادة مقابلا لجميع المبيع في حق العاقدين مثلا لو اشترى عقاراً بعشرة آلاف قرش فزاد المشتري قبل القبض خمساية في الثمن وقبل البايع تلك الزيادة كان ثمن ذلك العقار عشرة آلاف وخمساية قرش حتي لو ظهر مستحق للعقار واثبته وحكم له به وتسلمه كان له ان يأخذ من البايع عشرة الآف قرش وخمسماية قرش ❊

ولو اجاز المستحق البيع اخذ الكل ، اى كل الثمن والزيادة (رد المحتار عن البحر)

❊ اما لو ظهر شفيع لذلك العقار فمن حيث ان حق الشفيع يتعلق بأصل الثمن المسمى وكون تلك الزيادة التي صدرت بعد العقد تلتحق بأصل العقد في حق العاقدين لا يسقط حق ذلك الشفيع فلذا لا تلزمه تلك الزيادة بل يأخذ العقار بالعشرة آلاف قرش التي هي اصل الثمن فقط وليس للبايع ان يطالبه بالخمساية قرش التى زادها المشتري بعد العقد ❊

لأن حق الشفيع تعلق بالعقد الاول ، وفي الزيادة ابطال له ، وليس للعاقدين ابطال حقه (كذا في الدرر)

وقد تضمنت هذه المادة مسئلة واحدة من المسائل التى يظهر فيها اثر الالتحاق

وهي ان المشترى اذا استحق منه المبيع يرجع على البائع بالأصل والزيادة . ومنها ان المشتري لو كان دفع الثمن للبائع ثم زاد له فيه ، كان له حبس المبيع حتى يقبض الزيادة ومنها ان المشتري له ان يولي ويرابح على الكل ، يعني الأصل والزيادة . ومنها ان الزيادة في الثمن اذا كانت مفسدة تفسد العقد ، كما اذا زاد المشتري في الثمن رطل خمر مثلاً فإن الزيادة تصح وتلتحق بالعقد ، وتفسده عند ابي حنيفة ، كما تقدم نظيره في الزيادة في المبيع . ومنها مسئلة الصرف المتقدمة . ومنها لو وجد بالثياب المباعة عيباً بعد ان زاد للبائع في الثمن . وكذلك لو رد المبيع بخيار رؤية او شرط فإنه يرجع بحصته من الثمن مع الزيادة (الكل من الدر المختار وحواشيه)

وفي الهندية : ولو اشترى عبداً بألف فباعه من آخر بمائة دينار ، فزاد الآخر يعني المشترى الثاني خمسين ديناراً ورد بعيب بقضاء ، رجع بالثمن والزيادة . ولو زاد المشتري الثاني عرضاً يساوي خمسين ديناراً نصف الثمن ، فهلك العرض قبل قبض المشتري الأول ، ينفسخ البيع في ثلث العبد ، لأن العرض مبيع وان جعل ثمناً ، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب الانفساخ . ولو رد ثلثي العبد بعيب بقضاء ، رد كل العبد على بائعه الأول لأنه عاد اليه كله بتقديم ملكه . ولو تقابلا في الثلث ثم رد ثلثيه بقضاء لا يرد شيئاً اه بتوضيح من رد المحتار والتتارخانية .

المادة ٢٦٠ — ﴿ اذا حط البائع من ثمن المبيع مقداراً كان جميع المبيع مقابلا للباقي من الثمن بعد التنزيل والحط . مثلا لو بيع عقار بعشرة آلاف قرش ثم حط البائع من الثمن الف قرش كان ذلك العقار مقابلا للتسعة آلاف قرش الباقية وبناء عليه لو ظهر شفيع للعقار المذكور اخذه بتسعة آلاف قرش فقط ﴾

لما تقدم من ان الحط يلتحق بأصل العقد ، سواء كان الحط قبل قبض الثمن او بعده . وهذا اذا كان بلفظ الحط او الاسقاط ، اما لو كان بلفظ الهبة ، فان كان قبل

القبض فكذلك ، وان كان بعد القبض فلا يلتحق ، لما في الخانية : رجل اشترى ارضاً بمائة درهم وقبضها ، فحضر الشفيع وطلب الشفعة ، وسلمها اليه المشتري بمائة درهم ، ثم ان المشتري نقد الثمن للبايع فوهب له البايع منها خمسة بعدما اخذ المائة ، فعلم الشفيع بالهبة ، ليس له ان يسترد شيئاً من المشتري من الثمن . ولو ان البايع وهب من المشتري خمسة من الثمن قبل قبض الثمن ، والمسئلة بحالها ، كان للشفيع ان يسترد من المشتري ما وهب له البايع ، لان هبة شيء من الثمن قبل قبض الثمن حط ، والحط يلتحق بأصل العقد ، فكان للشفيع ان يسترد من المشتري ، ما حط قدر ما حط عنه البايع . اما بعد قبض الثمن ، فهبة البعض ليست بحط ، بل هو تمليك مبتدأ كأنه وهب له مالاً اخر اه .

وفي الاشباه : هبة بعض الثمن تظهر في حق الشفيع ، الا اذا كانت بعد القبض اه قال في شرحه المسمى بتنوير الاذهان والضمائر : لأن الهبة بعد القبض ليست بحط لأنها هبة العين ، لان المسمى صار عيناً بالتسليم ، بخلاف ما لو وهب البايع خمسة دراهم من الثمن من المشتري قبل قبض الثمن ، كان للشفيع ان يستردها لأنها هبة الدين ، لأن الثمن في ذمته (كذا في المحيط) اه

لكن قال في رد المحتار : ورأيت في التتارخانيه عن المحيط ما ملخصه : الحط والهبة والابراء ، اذا كانت قبل القبض ، فلو كانت في بعض الثمن تظهر في حق الشفيع ولو في كله ، فلا . واذا كانت بعد القبض فالحط والهبة على التفصيل . واما الابراء عن الكل او البعض ، فلا يصح اه فهذا صريح بأن هبة بعض الثمن بعد القبض هو كالحط يظهر في حق الشفيع ، فله استرداد المحطوط ، وهو مخالف لما تقدم عن الخانية والأشباه .

ويظهر لي في التوفيق ان ما في الخانية والاشباه محمول على ما اذا وهبه من المقبوض خمسة دراهم معينة ، فلا شك انها تكون هبة عين مبتدئة ، فلا تكون حطاً من الثمن . وما في التتارخانية عن المحيط محمول على ما اذا قال البايع للمشتري بعد القبض وهبتك خمسة دراهم من الثمن ، وهذا يكون حطاً من الثمن لا هبة مبتدئة ، لما قدمناه في شرح المادة ٢٥٦ عن البحر من ان الثمن باق في ذمة المشتري بعد قضائه ، لأنه لا يقتضي عين الواجب ، بل مثله

فقد صادفت الهبة ديناً قائماً في ذمة المشتري ، فيسقط ، فكانت الهبة كالحط تظهر في حق الشفيع · يرشد الى هذا التوفيق ما ذكروه من التعليل من ان الهبة بعد القبض تمليك مبتدأ ،الخ · ومن ان الهبة بعد القبض هبة العين الخ · وما ذكرناه ملخصاً عن البحر في شرح المادة ٢٥٦ ينادي بذلك وبهذا يرتفع التناقض واللوم عن عبارات القوم·

وكما يظهر اثر التحاق الحط في الشفعة يظهر ايضا في التولية والمرابحة ، فيولي ويرابح على الباقي بعد المحطوط ، كما في البحر — وفي الاستحقاق ، فيرجع المشتري على البايع بالباقي بعد المحطوط ايضاً كما في الدر وغيره ·

وفي التتارخانية : حط بعض الثمن صحيحٌ ويلتحق بأصل العقد عندنا ، كالزيادة · غير ان بين الحط والزيادة فرقاً من وجهين : احدهما ان الحط صحيح سواء بقي المبيع محلاً للمقابلة وقت الحط ، او لم يبق محلاً · بخلاف الزيادة على ظاهر الرواية · الثاني : ان من اشترى عبدين صفقةً واحدة بألف درهم ، فحطّ عنه المشتريماية ، كان الحط نصفين · ولو زاد المشتري في هذه الصورة ماية تنقسم الزيادة على قدر قيمتها اه وفي البزازية وقالوا ان حط البعض انما يلتحق اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفاً ، كمن باع بألف جيادٍ فنقد البايع زيوفاً او نبهرجة ورضي به البايع ، او باع بالعبد سليم العين داراً فاعورّ العبد فأخذه بايع الدار ورضي به ، فالشفيع يأخذ بألف جياد في الاول ، وبقيمة عبد سليم في الثاني ، ولا يلتحق الوصف بأصل العقد · بخلاف ما لو حط بعض الثمن حيث يأخذ الشفيع الباقي اه وتقدم مثله عن الزيلعي في شرح المادة ٢٦١ ·

المادة ٢٦١ - ❋ للبايع ان يحط جميع الثمن قبل القبض ❋

وكذا بعد القبض ايضاً ، اذ وقع الحط بلفظ الحط او الاسقاط او الهبة او برائة الاسقاط · نعم اذ وقع بلفظ البرائة المطلقة كما في المثال الآتي ، فإنما تكون البرائة حطاً اذا كانت قبل القبض · واما بعده فلا ، لأنها عند الاطلاق تحمل على برائة القبض

والاستيفاء ، على ما قاله شيخ الاسلام ، كما تقدم في شرح المادة (٢٥٦) فتكون البرائة المذكورة عبارة عن الاقرار بالقبض والاستيفاء كما في رد المحتار فليست من الحط في شيء ، فلا يسوغ للمشتري استرداد ما دفعه للبايع وبهذا نعلم ان ذكر هذا القيد ، اعني قبل قبض الثمن ، تمهيد ، للمثل المذكور ليصح كون الابراء فيه حطاً ، لا للاحتراز عما اذا كان الحط بعد القبض ، فإن الحط للكل صحيح قبله وبعده كما علمت ، وكيفما كان لا يلتحق بأصل العقد كما قال .

﴿ لكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد . مثلاً لو باع عقاراً بعشرة آلاف قرش ثم قبل القبض ابرأ البايع المشتري من جميع الثمن كان للشفيع ان يأخذ ذلك العقار بعشرة آلاف قرش وليس له ان يأخذه بدون ثمن اصلاً ﴾

لأن الالتحاق فيه يؤدي الى تبدله ، لأنه ينقلب هبة او بيعاً بلا ثمن فيفسد وكان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه . فالالتحاق فيه يؤدي الى تبدله ، فلا يلتحق به (زيلعي)

وقوله « كان للشفيع ان يأخذ ذلك العقار بعشرة آلاف قرش » اي اذا كانت قيمته كذلك . فقد قال الحموي في حاشيته على الاشباه : بقي ان يقال يفهم من التقييد بهبة البعض ان هبة الكل لا تظهر في حق الشفيع مطلقاً ، فهل يأخذ بالمسمى او بالقيمة ؟ لم ار نقلاً صريحاً . وفي الظهيرية : اشترى داراً بألف ثم تصدق بها على المشتري ، يأخذها الشفيع بالقيمة ، الا ان يكون بعد قبض الالف اه فعلى قياسه يقال إن وهب كل الثمن قبل القبض يأخذ الشفيع بالقيمة والا فبالثمن اه ملخصاً .

ح-٢

﴿ الباب الخامس ﴾

في بيان المسايل المتعلقة بالتسليم والتسلم وفيه ستة فصول

(الفصل الاول)

في بيان حقيقة التسليم والتسلم وكيفيتهما

المادة ٢٦٢ - ﴿ القبض ليس بشرط في البيع الا ان العقد متى تم كان على المشترى ان يسلم الثمن اولا ﴾

لأن حق المشتري قد تعين في المبيع ، فيدفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض ، تحقيقاً للمساواة (جوهرة) اي لأن البايع انما يتعين حقه في الثمن بعد قبضه ، لأن الاثمان لا تتعين — بخلاف المشتري فإن حقه قد تعين في المبيع بمجرد العقد لدخوله في ملكه به (ابو السعود) ويشترط لالزام المشتري بتسليم الثمن اولاً ان يحضر البايع السلعة المبيعة . وان كانت غايبة فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البايع المبيع ، على مثال الراهن مع المرتهن (زيلعي) ما لم يكن المبيع ديناً كالمسلم فيه ، فإنه يؤمر رب السلم بدفع بدل السلم قبل احضار المسلم فيه ، كما يؤمر البايع بدفع المبيع قبل قبض الثمن اذا كان مؤجلاً ، كما في الدر . والشرط ايضاً كون الثمن حالاً وان لا يكون في البيع خيار للمشتري فلا يطالبه بالثمن قبل حلول الأجل ، ولا قبل سقوط الخيار (رد المحتار)

﴿ ثم يسلم البايع المبيع ﴾

لأنه قد ملك الثمن بالقبض فلزمه تسليم المبيع (جوهرة) وهذا في بيع

سلعة بدراهم ودنانير ، واما في بيع سلعة بسلعة وهو المسمى بيع المقايضة ، وفي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بيع الصرف ، فيسلمان معاً تسوية بينهما في العينية والدينية (مجمع الانهر)

المادة ٢٦٣ = ﴿ تسليم المبيع يحصل بالتخلية ﴾

وكذا تسليم الثمن كما في الدر المنتقى ومجمع الانهر ، وسواء كان البيع صحيحاً او فاسداً ، كما في البحر . وصححه في الخانية وفي العمادية والمجتبى : الأصح ان التخلية ليست بقبض في البيع الفاسد . وفي الخلاصة ما يوافق ما في الخانية .

﴿ وهو ان يأذن البايع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري اياه ﴾

يعني ان التخلية بين المشتري والمبيع تقوم مقام القبض الحقيقي اذا كانت على وجه يتمكن فيها المشتري من القبض ، بعد ان يكون اذن له البايع بقبضه وفي مجمع الانهر عن الاجناس : يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان : ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع ، وان يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره اه والمراد بقوله خليت بينك وبين المبيع كما في رد المحتار ، ان يأذن له البايع بالقبض ، لاخصوص لفظ التخلية ، كما في البحر : ولو قال البايع للمشتري بعد البيع « خذ » لا يكون قبضا . ولو قال « خذه » يكون تخلية اذا كان يصل الى اخذه اه ويدل لهذا فروع كثيرة ستأتي .

المادة ٢٦٤ - ﴿ متى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضاً له ﴾

يعني متى وجدت التخلية على الوجه المذكور في المادة السابقة ، صار المشتري قابضاً وان لم يقبضه حقيقة ، لأن تمكنه من القبض بإذن البايع مع عدم المانع والحائل قائم مقام القبض الحقيقي . فلو هلك المبيع هلك على المشتري لدخوله في ضمانه ، كما الخانية . وقد يصير المشتري قابضاً بنفس العقد بلا تسليم ولا تخلية ،

كما اذا كان المبيع مقبوضاً بيد المشتري قبضَ ضمانٍ قبل البيع · قال في الهندية : الاصل ان البيع اذا وقع والمبيع مقبوض مضمون على المشتري بقيمته ينوب قبضه عن قبض الشراء ، ولأنه من جنس القبض المستحق بالشراء ، لأن قبض الشراء مضمون بنفسه اذا تجانس القبضان بأن كانا قبض امانة او ضمان تناوبا ، اي ناب احدهما عن الآخر ، وان اختلفا ناب المضمون عن غيره لاغير · فاذا كان الشيء في يده بغصب او مقبوضاً بعقد فاسد فاشتراه من المالك عقداً صحيحاً ، ينوب القبض الاول عن الثاني · حتى لو هلك قبل ان يذهب الى بيته ويصل اليه او يتمكن من اخذه ، كان الهلاك عليه · ولو جعل المغصوب بدل الصرف واقترقا لا يبطل · وكذا لو افترقا عن مجلس الصرف قبل قبض احد البدلين ثم اشترى القابض ما قبض ، يصير قابضاً للحال لأنه لو بقي المقبوض في يده على حكم عقد فاسد كان مضموناً بقيمته ، فناب عن قبض الشراء · ولو كان في يده عاريةً او وديعةً او رهناً لم يصر قابضاً بمجرد العقد ، الا ان يكون بحضرته او يرجع اليه ، فيتمكن من القبض · وان فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضاً منه ثم اراد البايع ان يحبسها بالثمن ، لم يكن له ذلك · وان اخذها البايع من بيت المودع قبل ان تصل اليه يد المشتري ، وهو المودع ، كان له حبسها به ولو كان المبيع بحضرتهما فباعه منه ، لم يكن للبايع حبسه اه وتمام فروع المسئلة فيها ·

المادة ٢٦٥ — ✻ تختلف كيفيه التسليم باختلاف المبيع ✻

قال في رد المحتار : والحاصل ان التخلية قبضٌ حكماً لو مع القدرة عليه بلا كلفة · لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ففي نحو حنطةٍ في بيتٍ مثلاً دفعُ المفتاح اذا امكنه الفتح بلا كلفة قبضٌ · وفي نحو دارٍ فالقدرة على اغلاقها قبضٌ اي بأن تكون في البلد فيما يظهر · وفي نحو بقرٍ في مرعىً كونه بحيث يُرى ويشار اليه قبضٌ · وفي نحو ثوبٍ فكونه بحيث لو مد يده تصل اليه قبضٌ · وفي نحو فرسٍ او طيرٍ في بيت امكان اخذه منه بلا معين قبض اه

وقوله اي «بأن تكون في البلد» فيما يظهر فيه نظر ، كما سيأتي في شرح المادة (٢٧٠) وسيأتي بيان ما يتفرع على هذه المادة في المواد التالية لها وشرحها .

المادة ٢٦٦ ✻ المشتري اذا كان في العرصة او الارض المبيعة او كان يراهما من طرفهما يكون اذن البايع له بالقبض تسليماً ✻

انظر ما اذا كان كل من البايع والمشتري في العرصة او الارض ، والمسئلة بحالها . وفي الهندية عن فتح القدير : ولو اشترى دابةً والبايع راكبها ، فقال احملني معك فحمله ، فعطبت ، هلكت على المشتري قال القاضي الامام : هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فإن كان عليها سرجٌ وركب المشتري في السرج يكون قابضاً ، والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما من الآخر لا يصير قابضاً ، كما اذا باع الدار والبايع والمشتري فيها اه . والظاهر ان قوله « لا يصير قابضاً » اي بمجرد كونه راكباً على الدابة وموجوداً في الدار . اما اذا اذن له بالقبض يكون قبضاً ، كما هو مقتضى اطلاق هذه المادة ، وليراجع ، وانظر ما سنذكره في شرح المادة ٢٧٥ عن الخانية والانقروية .

المادة ٢٦٧ — ✻ اذا بيعت ارض مشغولة بالزرع يجبر البايع على رفع الزرع بحصاده او رعيه وتسليم الارض خالية للمشتري ✻

والتخلية قبل ان يرفع الزرع بأحد الوجهين لا تكون تسليماً ، لما قدمناه عن مجمع الانهر في شرح المادة (٢٦٣) من انه يشترط للتخلية ان يكون المبيع غير مشغول بحق الغير .

وفي الهندية : اذا باع داراً وسلمها الى المشتري وفيها متاعٌ قليل للبايع ، لا يصح التسليم حتى يسلمها اليه فارغةً . فإن أذن البايع للمشتري بقبض الدار والمتاع ،

صح التسليم ، لأن المتاع صار وديعة عند المشتري . وكذلك اذا باع ارضاً فيها زرع للبايع وسلم الارض الي المشتري ، لا يصح التسليم .

وفي البحر عن الو بري : المتاع لغير البايع لا يمنع من التخلية ، فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده اه

قال في رد المحتار : ويدخل في الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة فليس للبايع مطالبة المشتري بالثمن لعدم القبض ، لما في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين : باع المستأجر ورضي المشتري ان لا يفسخ الشراء الى مضي مدة الاجارة ، ثم يقبضه من البايع ، فليس له مطالبة البايع بالتسليم قبل مضيها . ولا للبايع مطالبة المشتري بالثمن ، ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم وكذا لو شرى غائباً لا يطالبه بثمنه ما لم يتهيأ للتسليم اه ملخصاً .

وفي الهندية : لو باع الأب داراً من ابنه الصغير في عياله وهو فيها ساكن ، جاز البيع ولا يصير الإبن قابضاً حتى يفرغ الأب . فإن انهدمت الدار والأب فيها ساكن ، يكون من مال الأب . وكذلك لو كان فيها متاع الأب وعياله وليس هو بساكن فيها . وكذلك لو باع من ابنه الصغير جبة هي على الأب او طيلساناً هو لابسه او خاتماً في اصبعه ، لا يصير الإبن قابضاً حتى ينزع ذلك . وكذلك في الدابة والأب راكبها ، حتى ينزل ، فإن كان عليها حمولة ، حتى يحط عنها اه . وهذا الحكم اذا كان المبيع مشغولاً بحق الغير ، اما لو كان شاغلاً لحق الغير كالحنطة في جوالق البايع وما اشبه ذلك فذاك لا يمنع التخلية كما في الفتاوى الأنقروية . ولا بد من تقييد هذا بما اذا امكن قبض المبيع الشاغل بدون تصرف في حق الغير ، والا فيمنع من التخلية ، لما في الهندية عن البدايع : ولو باع قطناً في فراش او حنطة في سنبل وسلم كذلك ، فإن امكن للمشتري قبض القطن او الحنطة من غير فتق الفراش ودق السنبل صار قابضاً له . وان لم يمكنه الا بالفتق والدق ، لا . لأنه تصرف في ملك البايع ، وهو لا يملك التصرف في ملكه . ولو باع الثمر على الشجر وسلم كذلك صار قابضاً لأنه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك البايع اه .

وفي الخانية : رجل باع فصاً في خاتم بدينار ودفع الخاتم الى المشتري وامره

ان ينزع الفص فهلك الخاتم عند المشتري ، ان كان المشتري يقدر على نزعه بغير ضرر ، كان على المشتري ثمن الفص لا غير ، وان كان لا يقدر على نزع الفص الا بضرر ، لا شيء على المشتري لأن تسليم المبيع لم يصح . وان لم يهلك الخاتم خير المشتري ان شاء تربص حتى ينزعه البايع ، وان شاء نقض البيع اه .

المادة ٢٦٨ = ❋ اذا بيعت اشجار فوقها ثمار يجبر البايع على جز الثمار ورفعها وتسليم الاشجار خالية للمشتري ❋

والتخلية بدون جز الثمار لا تكون تسليماً لكون المبيع مشغولاً بملك البايع ، كما مر في المادة السابقة .

المادة ٢٦٩ = ❋ اذا بيعت ثمار على اشجار يكون اذن البايع للمشتري بجزها تسليماً ❋

لأن الثمار شاغلة لملك البايع وهذا لا يمنع من التخلية وقدمنا في شرح المادة (٢٦٧) ان الجز بدون تصرف في ملك البايع ممكن .

المادة ٢٧٠ - ❋ العقار الذي له باب وقفل كالدار والكرم اذا وجد المشتري داخله ❋

اي لا على وجه السكنى فى الدار ، والا كان قابضاً بنفس العقد ولا يحتاج في ذلك الى تخلية البايع بقوله سلمته اليك ونحوه ، لما في البحر عن البزازية :

قال عبد لمولاه : اشتريت نفسي منك ، فباعه المولى ، صح ولا يملك المولى حبسه لاستيفاء الثمن ، لأنه صار قابضاً بنفس العقد ، كمن اشترى داراً وهو ساكن فيها يصير قابضاً بالشراء ولا يملك البايع الحبس .

وكذا لو وكل اجنبيٌّ العبد ليشتري نفسه من مولاه له فأعلم المولى واشترى نفسه للموكل ، لا يملك البايع حبسه بالثمن لعود الحقوق الى العبد الوكيل اه ·

ومثله ما اذا وكل رجلٌ الساكن في الدار ليشتريها من المالك له ففعل ، كان الوكيل الساكن قابضاً بمجرد العقد ولا يملك حبس الدار لاستيفاء الثمن ، كما هو ظاهر · ومثل الدار فيما يظهر الدكان ونحوها · وارجع لما نقلناه عن الهندية في شرح المادة (٢٦٣)

وتقييد العقار بما له باب وقفل ليتأتى فيه التفصيل الآتي بقوله : « واذا كان المشتري خارج ذلك العقار فان كان قريباً منه الخ » فإن العقار الذي ليس كذلك كالعرصة والارض ، فشرط صحته التخلية فيه اذا كان المشتري خارجه ، ان يكون بحيث يراه من طرفه كما اوضحته ، المادة ٢٦٦)

﴿ وقال له البايع سلمته اليك كان قوله ذلك تسليما ﴾

ليس المراد خصوص هذا اللفظ ، بل المراد الاذن له بالقبض · فكل لفظ يدل عليه يكون تسليماً ، كخذه او اقبضه وما اشبه ذلك كما تقدم في شرح المادة ٢٦٣

﴿ واذا كان المشتري خارج ذلك العقار فان كان قريباً منه بحيث يقدر على اغلاق بابه وقفله في الحال يكون قول البايع للمشتري سلمتك اياه تسليماً ايضاً ﴾

فلو كانت الدار في البلدة الاّ انها بعيدة عنه بحيث لا يقدر على اغلاق بابها وقفله في الحال ، لا يكون قوله ذلك تسليماً · ويوافقه ما في البحر : وان باع داراً غايبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها ، لم يكن قبضاً · وان كانت قريبة كان قبضاً ، وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها ، والاّ فهي بعيدة اه فإن المراد بقوله : وهي ان تكون بحال الخ ان يكون نادراً على اغلاقها حال الاذن بالقبض ، والاّ فإن القدرة على اغلاقها حال وصوله اليها حاصلةٌ سواء كانت في البلدة او في بلدة اخرى فما قدمناه عن رد المحتار في شرح المادة (٢٦٥) من قوله « وفي نحو دارٍ فالقدرة على اغلاقها قبض ، اي بأن تكون في البلدة فيما يظهر» فيه نظرٌ لا يخفى على من تدبر ، كما نبهنا عليه هناك · ثم رأيته في الخانية ما هو كالصريح

في الرد عليه ونصها : لو باع داراً ليست بحضرتها فقال البايع سلمتها اليك وقال المشتري قبلت ، ذكر في ظاهر الرواية ان التخلية في الدور والعقار لا تكون قبضاً الاّ بدنوٍ منها ، وذكر في النوادر : اذا قال البايع للمشتري سلمتها اليك وقال المشتري قبلت ، والدار ليست بحضرتها ، يصير المشتري قابضاً في قول ابي حنيفه رحمه الله تعالى . وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : ان كانت الدار بقربٍ منها بحيث يقدر على الدخول والاغلاق يصير قابضاً ، والا فلا . وفي ظاهر الرواية اعتبر القرب ولم يذكر فيه خلافاً . والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لأنه اذا كان قريباً يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال ، فتقام التخلية مقام القبض . اما اذا كان بعيداً لا يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال ، فلا تقام التخلية مقام القبض اه

﴿ وان لم يكن منه قريباً بهذه المرتبة فاذا مضى وقت يمكن ذهاب المشتري الى ذلك العقار ودخوله فيه يكون تسليماً ﴾

بهذا افتى قارىء الهداية كما يعلم من بيوع فتاواه ، ونصها : سئل عن شخص اشترى من آخر داراً ببلدة وهما في بلدة اخرى وبين البلدتين مسافة يومين ولم يقبضها بل خلّى البايع بين المشتري والمبيع التخلية الشرعية ليتسلم فهل يصح ذلك وتكون التخلية كالتسليم ؟ اجاب : اذا لم تكن الدار بحضرتها ، وقال البايع سلمتها لك وقال المشتري تسلمت ، لا يكون ذلك قبضاً ، ما لم تكن الدار قريبة منهما ، بحيث يقدر المشتري على الدخول فيها والاغلاق ، فحينئذ يصير قابضاً . ومسئلتنا ما لم تمض مدة يتمكن من الذهاب اليها والدخول فيها لم يكن قابضاً اه . وزعم الفاضل بن عابدين في حاشيته رد المحتار ان هذا مخالف للروايتين ، اعني ظاهر الرواية القائلة بأن تخلية البعيد لا تصح ، ورواية النوادر القائلة بأنها تصح . وفيه نظر ، اذ لا مخالفة ، وانما فيما افتى به قارىء الهداية تقييد لاطلاق الروايتين . فاطلاق ظاهر الرواية عدم صحة التخلية في البعيد مقيد بما اذا لم تمض مدة يتمكن من الذهاب الى الدار المبيعة والدخول فيها . واطلاق رواية النوادر صحتها مقيدة بما اذا مضت مدة يتمكن من ذلك . وقد اشار الحموي

في حاشيته على الأشباه من كتاب الوقف الى كونه تقييداً لاطلاق ظاهر الرواية ، فليراجع .

المادة ٢٧١ = ☼ اعطاء مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري يكون تسليماً ☼

اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف ، كما في البحر ومثله في الهندية والتتارخانية وغيرهما . والظاهر ان المراد بتهيوء فتحه من غير تكلف ، ان يكون المفتاح مفتاح ذلك العقار . وهو معنى ما في الخانية ونصها : ولو باع الدار وسلم المفتاح فقبض المفتاح ولم يذهب الى الدار يكون قابضاً . قيل :هذا اذا دفع اليه مفتاح هذا الغلق، اما اذا لم يكن ذلك لم يكن تسليماً لأنه لا يقدر على الدخول بهذا المفتاح ، فلا يكون قبض المفتاح كقبض الدار اه ومثل هذا فيما يظهر ما اذا كان العقار له مفتاحان فدفع له احدهما لم يكن تسليماً ايضاً ،لأنه لا يقدر على الدخول بهذا المفتاح وحده فيحتاج الى تكلف عمل مفتاح آخر في المسئلتين .

ولا يجوز ان يراد بالتهيوء المذكور ان يكون العقار بحضرتهما لأن اعطاء المفتاح تسليم وان كان العقار بعيداً . يرشد الى هذا قول الخانية في العبارة السابقة « فقبض المفتاح ولم يذهب الى الدار » ولأنهم اطلقوا كون قبض المفتاح تسلماً ولم يقيدوه بما اذا كان العقار بحضرتهما كما قيدوه بذلك فيما اذا خلى البائع بينه وبين المشتري بقوله سلمتك ونحوه ، فتأمل . ثم ان ظاهر اطلاق هذه المادة ان اعطاء مفتاح العقار تسليم وان لم يقل مع ذلك سلمتك العقار ونحوه ، وهو ظاهر اطلاق ما في البحر عن جمع النوازل وعبارته : دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحها من غير تكلف اه . ومثله في الهندية والتتارخانية والخانية كما سمعت . لكن في الخانية ايضاً ، بعد العبارة السابقة : وان دفع اليه المفتاح و. يقل خليت بينك وبين الدار فاقبضه ، لم يكن ذلك قبضاً اه فانظر هل يحمل ذلك المطلق على هذا المقيد وتكون الفائدة من دفع المفتاح ان التخلية حينئذ تصح وان

كان العقار بعيداً ، او يوفق بأن المراد من عبارة الخانية الثانية ان مجرد دفع المفتاح قبل ان يقبضه المشتري لا يكون تسليماً ما لم يقل خليت بينك و بين العقار ونحوه ، ومن عبارة هذه المادة وما وافقها من عبارات الفقهاء ، ان دفع المفتاح المتصل بقبضه من المشتري يكون تسليماً للمبيع كما اذا سلمه البايع نفس المبيع فتسلمه المشتري وقبضه ، فإن ذلك قبض وان لم يقل البايع شيئاً ويرشد الى هذا قولهم قبض المفتاح كقبض الدار محل تأمل وتروٍ فليتدبر وليراجع .

المادة ٢٧٢ = ✱ الحيوان يمسك برأسه او اذنه او رسنه الذي في رأسه فيسلم ✱

اي يمسكه البايع فيسلمه المشتري فيقبضه . فهذا تسليمٌ وان لم يتكلم البايع بشيء ، لأنه تسليم حقيقي لا يحتاج فيه الى تخلية قولية . وكذا لو امسكه المشتري برأسه او اذنه او رسنه وقاده بدون تسليم من البايع ، فهو قبضٌ . فاذا هلك هلك على المشتري كما هو ظاهر .

وفي الهندية : وان كانت الرمكة في يد البايع وهو ممسكٌ لها فقال للمشتري هاك الرمكة فاثبت المشتري يده عليها ايضاً حتى صارت الرمكة في ايديهما والبايع يقول للمشترى خليتُ بينك وبينها وانا لا امسكها منعاً لها منك وانما امسكها حتى تضبطها ، فانفلتت من ايديهما ، فالهلاك على المشتري . وان كانت الرمكة في يد البايع ولم تصل اليها يد المشتري فقال البايع للمشتري قد خليت بينها وبينك فاقبضها فاني انما امسكها لك فانفلتت من يد البايع قبل ان يقبض المشتري وهو يقدر على اخذها من البايع وضبطها ، كان الهلاك على البايع اه . وافادت هذه المادة ان امساك الحيوان من ذنبه او رجله او يده مثلاً لا يكون قبضاً . وانظر هل الغنمة من الحيوان كذلك ، تأمل ، فإنه يمكن ضبطها .

✱ وكذا لو كان الحيوان في محل بحيث يقدر المشتري على تسلمه بدون كلفة فاراه البايع اياه واذن له بقبضه كان ذلك تسليماً ايضاً ✱

قال في الخانية : ومن مسائل التخلية رجل له رماك في حظيرة فباع منها واحدة بعينها لرجل وقبض الثمن وقال للمشتري ادخل الحظيرة واقبضها فقد خليت بينك وبينها فدخل ليقبضها فعالجها فانفلتت وخرجت من باب الحظيرة وذهبت، قال محمد رحمه الله تعالى ان سلم الرمكة الى المشتري في موضع يقدر على اخذها بوهق ومعه وهق والرمكة لا تقدر على الخروج من ذلك المكان ، فهو قبض وان كانت تقدر على أن تسلت منه ولا يضبطها البايع فليس بقبض وكذا لو كان المشتري يقدر على اخذها بوهق ولا يقدر بغير وهق وليس معه وهق ، او كان يقدر على اخذها ان كان معه اعوان ولا يقدر على اخذها وحده وليس معه اعوان ، فانفلتت، لا يكون ذلك قبضاً وان كان المشتري يقدر على اخذها بغير حبل ولا اعوان نخلّى البايع بينها وبينه ، فانفلتت ، كان المشتري قابضاً . ولو كانت الرماك كثيرة في حظيرة عليها باب مغلق لا يقدر الرماك على الخروج فباعها من رجل وخلّى بينه و بين الرماك ففتح المشتري الباب ففلت الرماك وخرجت ، كان الثمن لازماً على المشتري سواء كان يقدر على اخذ الرماك او لا يقدر . وان لم يفتح المشتري الباب وانما فتحه رجل آخر او فتحه الريح حتى خرجت الرماك ، ينظر : ان كان المشتري لو دخل الحظيرة يقدر على اخذها ، يكون قابضاً . والا فلا اه . والوهق محركة و يسكن الحبل يرمي في الشوطة فتؤخذ به الدابة والانسان ، كذا في القاموس . وفيه : الرمكة محرك الفرس والبرذونة تتخذ للنسل ، جمعه رمك ، وجمع الجمع الرماك اه

وقد افادت هذه المادة ان يشترط لصحة التخلية في بيع الدابة ان يري البايع المبيع للمشتري ، وان يكون المبيع بحيث يقدر المشتري على تسلمه . قال في الخلاصة : لو اشترى بقراً في السرح فقال له البايع اذهب واقبض ، ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه ، يكون قبضاً . قال في المحيط : هكذا قال بعض المشايخ . وهذا الجواب غير صحيح ، والصحيح ان البقرة اذا كانت بحالة لو اراد المشتري قبضها يتمكن من قبضها ، فهو قبض لها اه وفيها : ولو اشترى طيراً في بيت والباب مغلق فأمره البايع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت الريح ففتحت الباب وطار الطير ، لا يصح التسليم وان فتح المشتري الباب فطار ، صح التسليم ، لأنه يمكنه القبض بأن يحتاط في الفتح اه .

المادة ٢٧٣ – ﴿ كيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشتري ووضعها في الظرف الذي هيأه لها يكون تسليماً ﴾

بشرطين : اولهما ان يكون المبيع معيناً ، والثاني ان يزنه البايع او يكيله بحضرة المشتري . ففي الخانية : رجل اشترى دهناً معيناً ودفع اليه الآنية وامر البايع ان يزنه فيه فوزن فيه ثم هلك ، ان كان البايع وزنه بحضرة المشتري فإنه يهلك على المشتري ، لأن المشتري صار قابضاً بوزن البايع ، وان كان ذلك في بيت البايع او حانوته . وان كان وزن الدهن في غيبة المشتري فهلك ، يهلك على البائع ، لأن الواحد لا يصلح ان يكون مسلماً ومتسلماً . هذا اذا اشترى دهناً بعينه ، فإن كان بغير عينه لا يكون المشتري قابضاً ، سواء كان المشتري حاضراً او غائباً . لأن الدهن اذا لم يكن معيناً كان امر المشتري بالوزن مصادفاً ملك البايع ، فلا يصح ، ولا يكون وزنه كوزن المشتري . هذا كما لو استقرض من آخر حنطة ودفع اليه الجوالق وامره ان يكيل فيها فإنه لا يصير قابضاً في الوجهين اه باختصار . لكن في التتارخانية : رجل اشترى من آخر دهناً معيناً ودفع اليه قارورة ليزنه فيها فوزن بحضرة المشتري ، صار المشتري قابضاً وان كان في دكان البايع او حانوته . وان وزن بغيبة المشتري ، ذكر بعض المتقدمين من شراح الجامع الصغير ان المشتري لا يصير قابضاً ، والصحيح انه يصير قابضاً . وذكر نحوه في الهندية عن جواهر الاخلاطي . واقتصر في الفتاوى السراجية على الثاني فقال : اشترى شيئاً من طعام وامر البائع ان يكيل في وعاء المشتري ففعل والمشتري غايب ، فهو قبض ، كما اذا استقرض كذا وامر المقرض ان يزرعه في ارض المستقرض ففعل ، صار قابضاً اه وفي الهندية : لو كان الدهن غير معين لا يصير قابضاً ولا مشترياً سواء وزنه بغيبته او بحضرته ، ولا يحل للمشتري ان يتصرف فيه . ولو قبض بعد ذلك حقيقة يصير الآن مشترياً قابضاً . حتى لو هلك ، هلك عليه بالاتفاق اه ملخصاً .

ثم ان هذه المادة اطلقت الظرف المهيأ فتشمل ما اذا كان الظرف للمشتري او للبايع وقد استعاره منه المشتري . وعبارة الهندية : رجل اشترى كرًّا من صبرة وقال للبايع كِله في جوالقي ودفع اليه الجوالق ففعل ، كان المشتري قابضاً : وفي القدوري اذا اشترى حنطة بعينها فاستعار من البايع جوالق وامره بأن يكيل فيها ففعل البايع ، فإن كان الجوالق بعينها صار المشتري قابضاً بكيل البايع فيها . وان كانت بغير عينها بأن قال اعرني جوالقاً وكِلها فيه ، فإن كان المشتري حاضراً فهو قبض ، وان كان غائباً لم يكن قبضاً . وقال محمد رحمه الله تعالى : لا يكون قبضاً عند غيبة المشتري في الوجهين حتى يقبض الجوالق ويسلمها اليه ، كذا في الفتاوى الصغرى اه .

وهناك قول آخر ، وهو انه لا يكون قبضاً وان كان المشتري حاضراً ، وهو الذي قدمه في الخانية . وقد ذكر مؤلفها في خطبة كتابه انه يقدم ما هو الأقوى والأرجح ، فتدبر . ولو اشترى دهناً ودفع القارورة الى الدهان وقال للدهان ابعث القارورة الى منزلي فبعث فانكسرت في الطريق ، قال الشيخ الأمام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى : ان كان قال للدهان ابعث على يد غلامي ففعل فانكسرت القارورة في الطريق ، فإنها تهلك على المشتري . ولو قال ابعث على يد غلامك فبعث فهلكت في الطريق فالهالك يكون على البايع ، لأن حضرة غلام المشتري تكون كحضرة المشتري . واما غلام البايع بمنزلة البايع ، كذا في الخانية . وفي الهندية عن المحيط : فإن قال المشتري للبايع زن لي في هذا الأناء كذا وكذا وابعث به مع غلامك ، او قال مع غلامي ، ففعل فانكسر الإناء في الطريق ، قال : هو من مال البايع حتى يقول ادفعه الى غلامك او قال الى غلامي . فاذا قال ذلك فهو وكيل فاذا دفعه اليه فكأنه دفعه الى المشتري ، فيكون الهلاك عليه اه . وفي التتارخانية : اذا قال المشتري للبايع ابعث الى ابني ، واستأجر البايع رجلاً يحمله الى ابنه ، فهذا ليس بقبض والأجر على البايع — الا ان يقول استأجر عليّ من يحمله فقبض الأجير ، يكون قبض المشتري ان صدقه انه استأجر ودفع اليه . وان انكر استئجاره والدفع اليه فالقول قوله اهـ وفي الهندية : قال هشام في نوادره : سألت محمداً عن رجل اشترى من آخر شيئاً وامره المشترى

ان يجعله في وعاء المشتري لجعله فيه ليزنه عليه فانكسر الاناء وتوى ما فيه ، فهو من مال البايع لأنه انما جعله ليزنه ليعلم وزنه لا للتسليم الى المشتري . فإن وزنه ثم انكسر الأناء فهو من مال البايع ايضاً . وان وزنه في ثمن البايع ثم جعله في اناء المشتري ثم انكسر الاناء فهو من مال المشتري اه . وتمام فروع هذه المسئلة فيها وفي التتارخانية والخانية .

وفي الخلاصة : اشترى وعاء هديد اي لبن خاثر من قروي في السوق وامره بنقله الى حانوته فسقط في الطريق ، هلك على البايع . وكذا لو اشترى وقر التبن او الحطب في المصر ، فعلى البايع ان ينقله الى بيته . ولو هلك في الطريق ، هلك على البايع اه

المادة ٢٠٤ — ❋ تسليم العروض يكون باعطائها ليد المشتري او بوضعها عنده او باعطاء الإذن له بالقبض بإراءتها له ❋

اما الصورة الأولى فلا شرط لها، لأنه تسليمٌ حقيقي . واما الصورتان الاخيرتان فهما من مسائل التخلية فيشترط لصحتها مع الوضع والأراءة المذكورين ان يقول له البايع خذه او اقبضه او خليت بينه وبينك ، ونحو ذلك (وهذا معنى اعطاء الإذن له بالقبض) وان تكون بحيث يمكن المشتري ان يقبضها من غير قيام ، كما في رد المحتار .

وفي الخانية : لو اشترى ثوباً وامره البايع بقبضه فلم يقبضه حتى غصبه انسان فلن كان حين امره البايع بالقبض امكنه ان يمد يده ويقبضه من غير قيام ، صح التسليم . والا فلا اه .

وفي التتارخانية : من اشترى من آخر صرةً عظيمة مشاراً اليها وخلى البايع بينها وبين المشتري ، يصير المشتري قابضاً لها ان كان يقدر على اخذها وحده وإن كان لا يقدر على اخذها وحده ويقدر لو كان معه اعوان او فرس ينظر: إن الاعوان والفرس معه ، يصير قابضاً . وان لم يكن الاعوان والفرس معه لا يكون قابضاً اه

وترجمة هذه المادة ركيكة وصحتها هكذا « تسليم العروض يكون باعطائها ليد المشتري او بوضعها عنده او بإراءتها له مع اعطاء الإذن له بالقبض» فيكون اعطاء الاذن له بالقبض منسحباً على صورتي الوضع والاراءة ، تأمل .

وفي الهندية : رجلٌ باع من آخر ساجة ملقاة في الطريق والمشتري قائمٌ عليها ، فخلّى البائع بينه وبينها ، فلم يحركها المشتري من موضعها حتى جاء رجلٌ واحرقها ، كان للمشتري ان يضمنه . فإن استحقها رجلٌ كان للمستحق ان يضمن المحرق ، وليس له تضمين المشتري اه .

المادة ٢٧٥ = ❋ الاشياء التي بيعت جملة وهي داخل صندوق او نبار او ما شابهه من المحلات التي تقفل يكون اعطاء مفتاح ذلك المحل للمشتري والإذن له بالقبض تسليماً . مثلاً لو بيع انبار حنطة او صندوق كتب جملةً يكون اعطاء مفتاح الأنبار او الصندوق للمشتري تسليماً ❋

في الهندية : رجلٌ باع مكيلاً في بيت مكايلةً او موزوناً موازنةً وقال خليت بينك وبينه ودفع اليه المفتاح ولم يكله ولم يزنه ، صار المشتري قابضاً . ولو انه دفع الى المشتري المفتاح ولم يقل خليت بينك وبينه ، لا يكون قابضاً اه

وعبارة البحر : فلو اشتري حنطةً في بيتٍ ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليتُ بينك وبينها ، فهو قبض . وان دفعه ولم يقل شيئاً ، لا يكون قبضاً اه . وقيّده في رد المحتار بما اذا امكنه الفتح بلا كلفة ، كما نقلناه عنه في شرح المادة (٢٦٥) ولم اره لغيره ، وجعله حاصل ما في البحر مع ان عبارة البحر مطلقة كما سمعت . نعم ذكروا ان دفع المفتاح في بيع الدار تسليمٌ اذا تهيأ له فتحها بلا كلفة كما مرّ في شرح المادة (٢٧١) فلعل ما في رد المحتار مبني على ان لا فرق بين المسئلتين ، وهو الظاهر ، فافهم وتأمل . وقد علمت مما ذكرناه في شرح المادة المذكورة ، ما المراد

ن التهيوء المذكور ، فارجع اليه . وافادت هذه المادة ان التخلية في دار البايع او نانوته صحيحة وهو قول محمد رحمه الله تعالى المفتى به . ففي الفتاوى الانقروية : اذا اشترى حنطة بعينها وخلى البايع بينها وبين المشتري وهي في دار البايع على قول ابي يوسف لا يصير المشتري قابضاً ، حتى لو هلكت هلكت من مال البايع . وعلى قول محمد يصير المشتري قابضاً حتى لو هلكت هلكت من مال المشتري . على هذا الاختلاف اذا اشترى خلاً في دن المشتري وخلى البايع بين المشتري وبين الدن في بيت البائع وختم المشتري على الدن ، يصير قابضاً عند محمد ، خلافاً لأبي يوسف . وفي الظهيرية : فإن هلك هلك من مال المشتري في قول محمد ، وعليه الفتوى . وحاصل الخلاف يرجع الى التخلية في بيت البايع هل هي صحيحة . فعند محمد صحيحة خلافاً لأبي يوسف اه .

وفي الخانية : ومن ذلك رجل باع خادماً فقال البايع خليت بينك وبين الخادم فاقبضها ، والخادم في منزل البايع بحضرتها يصل الى قبضها ، فقال المشتري دعها الى الغد ، وابى ان يقبض فهلكت الخادم فإنها تموت من مال المشتري عند محمد رحمه الله تعالى ، ومن مال البايع في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى .

✵ تتمة ✵

المشتري اذا احدث في المبيع عيباً قبل القبض يصير قابضاً . وكذا لو امر البايع بذلك فعمله البايع .

اذا اشترى حنطة وامر البائع بطحنها فطحن فإن الدقيق يكون للمشتري ، ويصير المشتري قابضاً للمبيع (خانية) .

وفي الخلاصة : المشتري اذا عيّب المبيع عيباً بنفسه صار قابضاً ، الا اذا منعه البايع ، فحينئذٍ لو هلك هلك عليه .

وفي التتارخانية : رجل اشترى عبداً ولم يقبضه حتى اعاره او آجره من البايع ، لم يجز ، ولو عمل بالاجارة او في الاعارة فعطب ، عطب من مال البائع . وان سلم من العمل ليس عليه اجر . ولو اعاره المشتري من اجنبي وامره بالقبض فقبض ، صح اه

وفي الخلاصة : اربعة اشياء اذا امر المشتري حتى فعل لا يصير المشتري قابضاً : اذا امر بحلق شعر العبد او بالحجامة او بأن يسقي دواء او بأن يداوي جروحه . ولو قبض المشتري ثم وجد به عيباً وفعل هو هذه الافعال، لا يصير راضياً بالعيب . قال رحمه الله تعالى : وهذا بخلاف ما قال في الجامع الصغير ، فإنه قال: اذا اشترى جارية وبها جرح فداواها فهو رضىً فتأويله اذا داوى جرحاً آخر يبرأ البايع منه فمداواته لا تكون رضاه بجرح آخر .

ويصير المشتري قابضاً بعشرة : منها : لو امر بختان الجارية او الغلام او الفصد ، او ان يربط جراحه ، او ان يقطع عرف الفرس ، او كان المبيع ثوبا فأمره بالقصارة ، و بغسله او كان المبيع مكعباً فأمر ان ينعله ، او كان نعلاً امره ان يحذوه ، او كان طعاماً فأمره بالطبخ او داراً فأجرها من البايع العاشر ، اذا كانت جارية فأمر البايع بان يزوجها فزوجها ودخل بها الزوج ، ولو لم يدخل بها زوجها لا يصير قابضاً . وكذا لو زوجها المشتري لا يصير قابضاً استحساناً . فإن وطأها الزوج كان قابضاً . وان كانت داراً فآجرها المشتري ان سلمها الى المستأجر صار قابضاً والا فلا . ولو فعل المشتري شيئاً من هذه العشرة بعد ما وجد عيباً صار راضياً به ولم يكن له رده ، لأن العجز عن الرد جاء من قبله اه لكن قوله في التاسعة «او داراً فآجرها من البايع» ينافي ما نقلناه قبله عن التتارخانية : رجل اشترى عبداً الخ ، ومثل ما فى التتارخانية في البحر ايضاً وفي رد المحتار : ليس من القبض ما لو اودعه او اعاره او آجره من البايع اه فتأمل . وفيها : رجل اشترى شيئاً بعينه فجاء به البايع فأمره المشتري بأن يطرحه في الماء ففعل ، فهو قابض . بخلاف ما لو قال للمديون اذا جاء بالمال : اطرحه في الماء ففعل ، حيث لا يصير قابضاً . وكذا لو استقرض من آخر الف درهم فجاء بها فقال له اطرحها في الماء . فانه ليس عليه شيء . البايع اذا دفع المبيع الى منكوحة المشتري ، لا يجعل المشتري قابضاً اه وكذا الى من في عياله ، كما في الخانية . وفي الهندية : اذا جني على المبيع قبل القبض فاختار المشتري اتباع الجاني ، يكون قابضاً بنفس الاختيار عند ابي يوسف ، خلافاً لمحمد . ولو قتل المبيع قبل القبض فعفا المشتري عن الدم ، فهذا اختيار منه للمبيع ، وللبايع ان يأخذ القيمة من القاتل ، فتكون رهناً في

البايع ينظر : ان وجده زيوفاً فرده ، لا يملك استرداده عند اصحابنا الثلاثة بده فإذا ادى المشتري الثمن رد القيمة على القائل اه وتمام الكلام على جنس هذه المسائل فيها ، وفي التتارخانية والبزازية .

المادة ٢٧٦ = ﴿ عدم منع البايع حينما يشاهد قبض المشتري للمبيع يكون اذناً من البايع بالقبض ﴾

فليس له بعد ذلك استرداد المبيع ليحبسه لاستيفاء الثمن . قال في الخلاصة : اذا استوفى الثمن وسلم المبيع او سلم بغير قبض الثمن او قبض المشتري المبيع بإجازة البايع لفظاً او قبضه وهو يراه ولا ينهاه ، ليس له ان يسترده ليحبسه بالثمن . وان قبضه بغير اذن له ان ينقض قبضه اه .

وفي البزازية من الثالث عشر فيما يتعلق بالثمن : وان علم البايع قبضه بلا اذنه ورضي به ، فهو كالاذن ابتداءً اه

المادة ٢٧٧ = ﴿ قبض المشتري المبيع بدون اذن البايع قبل اداء الثمن لا يكون معتبراً ﴾

حتى كان للبايع ان يسترده منه ليحبسه بالثمن . ولو تصرف المشتري في ذلك تصرفاً يلحقه النقض بأن باع او وهب او رهن او آجر او تصدّق ، نقض التصرف وان كان لا يلحقه الفسخ كالعتق والتدبير والاستيلاد ، لم يملك البايع رده الى يده ولو نقد المشتري بايعه الثمن فوجده البايع زيوفا او ستوقةً او مستحقاً او وجد بعضه كذلك ، كان له ان يمنع المبيع . فإن كان المشتري قبضه بغير اذن البايع بعد ما نقد الزيوف او الستوقة فللبايع ان ينقض قبضه . ولو تصرّف به المشتري نقض تصرفه اذا كان تصرفاً يحتمل النقض . وان كان قبضه باذن

وان وجده ستوقة او رصاصاً او مستحقاً وأخذ منه ، له ان يسترد . ولو كان المشتري تصرف فيه فلا سبيل للبايع عليه ، سواء كان تصرفاً يحتمل الفسخ او لا . فإن لم يجد البايع شيئاً مما ذكرنا في الثمن حتى باع المشتري العبد اوآجره او رهنه وسلم ، ثم ان البايع وجد في الثمن شيئاً مما ذكرنا ، فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البايع على رده ولا سبيل له على العبد (الكل من الهندية)

وفي البزازية : وفسر بعض النبهرجة بأنها ما يضرب في دار غير السلطان . والزيوف المغشوشة والستوقة صفر مموه بالفضة . والعامة ان الجياد خالصة رائجة بين التجار وبيت المال ، والزيوف ما زيفه بيت المال لا التجار . والنبهرجة ما يرده التجار ، ولهذا حكم في الشرع انها من جنس الدراهم ، حتى لو تجوز جها في الصرف والسلم ، جاز ، وانما لا يضمن كاسد النبهرجة لانه لا قيمة لهذه الصنعة فيردها على المشتري بلا شيء . والستوقة ليس من الدراهم في الشرع ، حتى لو تجوز بها في الصرف والسلم لا يجوز اه .

قال محمد في الجامع : رجل اشترى جارية من رجل بألف درهم ولم ينقد ثمنها حتى قبضها بغير اذن البايع و باعها من رجل بمائة دينار وتقابضا وغاب المشتري الأول وحضر بايعه واراد استرداد الجارية من المشتري الآخر ، فإن اقر المشتري الآخر ان الأمر كما وصفه البايع ، كان للبايع الأول ان يستردها . واذا استردها بطل البيع الثاني . وان كذب المشتري الآخر البائع الاول فيما قال ، او قال لا ادري احق ما قال ام باطل ، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب اه (هندية) وتمام فروع هذه المسئلة فيها .

وفي البزازية : قبض المشتري المشترى قبل نقد الثمن بلا اذن البايع ، فطلبه منه ، فخلى بينه و بين البايع ، لا يكون قبضاً حتى يقبضه بيده . بخلاف ما اذا خلى البايع بينه و بين المشتري اه .

✵ الا ان المشتري لو قبض المبيع بدون الإذن وهلك في في يده او تعيب يكون القبض معتبراً حينئذ ✵

ويكون الهلاك من مال المشتري ، ولا خيار له في صورة التعيب . وهل للبايع ان

يسترده ليحبسه بالثمن في صورة التعيّب ؟ · الظاهر نعم ، وإن لم اره الا ن ·

وفي الهندية : اشترى باباً فقبضه بغير اذن البايع وسمره بمسامير حديد ، او كان ثوباً فصبغه او ارضاً فبني فيها او غرس ، فللبايع ان يأخذها و يحبسها فإن قال البايع انا انزع المسمار واقلع الكرم لتصير الارض كما كانت ، فإن لم يكن في نزعه ضرر فله ان ينزعه ، وان كان ، فلا · فاذا هلكت في يد البايع ضمن البايع قيمة المسمار والصبغ اه

وفي البزازية : وطء المشتري المشتراة لو بكراً قبض فإن احدث البايع منعاً بعده صار ناقضاً لقبضه · فإن هلك فمن البايع و يبقى حصة النقصان بالبكارة على المشتري من الثمن · وإن ثيّباً فالوطء ليس بنقصان و به يصير قابضاً فإن احدث منعاً بعد الوطء ثم هلكت ، هلكت كلها من البايع اه

وفي الهندية : لشترى مصراعي باب او خفين او نعلين قبض احدهما بغير اذن البايع ولم يقبض الآخر حتى هلك ما كان عند البايع ، هلك من مال البايع ولا يجعل قبض احدهما قبضاً للآخر وبتخير المشتري في المقبوض ويجعلان في حق الخيار كشيء واحد · ولو احدث المشتري بأحدهما عيباً قبل القبض ، يصير قابضاً لهما جميعاً · ولو قبض احدهما فاستهلكه او عيّبه صار قابضاً للآخر · حتى لو هلك الآخر عند البايع قبل ان يحدث البايع فيه حبساً او منعاً ، هلك على المشتري ولو منعه البايع بعد ذلك ثم هلك ، هلك على البايع حتى سقط من الثمن بحصته · ولو جنى البايع على احدهما بإذن المشتري صار المشتري قابضاً لهما ، حتى لو هلكا بعد ذلك هلكا من مال المشتري · ولو منع البايع احدهما بعد ذلك او منعهما كان عليه قيمة ما هلك · ولو اذن البايع للمشتري في قبض احدهما كان اذناً في قبضها · حتى لو قبضهما ثم استرد البايع احدهما ليحبسه بالثمن صار غاصباً اه

ج-٣

(الفصل الثاني)

❊ في المواد المتعلقة بحبس المبيع ❊

المادة ٢٧٨ = ❊ في المبيع بالثمن الحال اعني غير الموجل للبايع ان يحبس المبيع الى ان يو دي المشتري جميع الثمن ❊

ولو كان بعض الثمن حالاً وبعضه موجلاً فله حبسه حتى يستوفي الحال ٠ ولو بقي من الثمن شيء قليل كان له حبس جميع المبيع (هندية وبزازية)

وافادت هذه المادة ان حبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن هو من مقتضيات العقد ٠ ولذا قال في البزازية : باع بشرط ان يدفع المبيع قبل نقد الثمن ، فسد البيع لأنه لا يقتضيه العقد ٠ وقال محمد : لا يصح لجهالة الأجل حتى لو سمى الوقت الذي يسلم فيه المبيع جاز ، اي وله الحبس بعد حلول الأجل وان بقي منه درهم على قول محمد ، كما يستفاد من رد المحتار ، تأمل ٠ وفي الهندية : ولو قتل المبيع قبل القبض فعفا المشتري عن الدم فهذا اختيار منه للمبيع وللبايع ان ياخذ القيمة من القاتل ، فتكون رهناً في يده فاذا ادى المشتري الثمن رد القيمة على القاتل اه وتقدمت هذه في شرح المادة (٢٧٥)

المادة ٢٧٩ - ❊ اذا باع اشياء متعدده صفقة واحدة له ان يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن جميعه سواء بيّن لكل منها ثمناً على حدته او لم يبين ❊

قال في الهندية : اذا اشترى شيئين او اشياء مختلفة او شيئاً واحداً ونقد

بعض الثمن واراد ان يقبض بعض المبيع ، فإن كانت الصفقة واحدة ، ليس له ذلك ، وان كانت الصفقة متفرقة ، فله ذلك . فاذا اشترى رجل من آخر عشرة اثواب هروية كل ثوب بعشرة دراهم ، ونقد المشتري عشرة دراهم وقال هذه العشرة ثمن هذا الثوب بعينه واراد ان يقبض ذلك ، ليس له ذلك لأن الصفقة متحدة .

وكذلك لو ابرأ البايع المشتري عن ثمن احد هذه الاثواب بعينه ، وقال المشتري انا آخذ ذلك الثوب ، لم يكن له ذلك .

وكذلك لو اخر البايع ثمن ثوب بعينه شهراً ، لم يكن له ان يقبض ذلك .

وكذلك لو ابرأه عن جميع الثمن الأ درهماً ، او اخر عنه جميع الثمن الأ درهماً .

وكذلك لو وقع الشراء على ان ثمن ثوب منها بعينه حال وثمن الباقية موجل ، لم يكن له ان يقبض شيئاً حتى ينقد الحال .

وكذلك لو كان الثمن مابة وللمشتري على البايع تسعون درهماً فصار ذلك قصاصاً بما وجب على المشتري ، لم يملك المشتري قبض شيء من الثياب حتى ينقده العشرة .

وكذلك اذا كان ثمن احد الأثواب بعينه عشرة دنانير وثمن الباقية مابة درهم فنقد الدنانير او نقد الدراهم ، لم يكن له ان يقبض شيئاً منها .

ولو اشترى رجلان من رجل عبداً بألف درهم فغاب احدهما وحضر الآخر ، فليس له ان يقبض شيئاً من العبد ما لم ينقد الثمن جملة . فان اوفى جميع الثمن قبض العبد كله ، ولا يكون متطوعاً . فإذا حضر الغائب ، ليس له ان يقبض حصته حتى يدفع الى الحاضر ما نقده من حصته . فإذا فعل ذلك قبض نصيبه . وان هلك العبد في يد الذي قبضه قبل ان يحضر الغائب ، او بعد ما حضر قبل ان يطلبه ، هلك امانة حتى رجع الذي قبض بحصته ، اي الغائب من الثمن . وان حضر الغائب وطلب نصيبه فمنعه حتى يستوفي ما نقد عنه ثم هلك ، هلك بما نقد عنه ، بمنزلة المبيع يهلك في يد البايع ، وهذا قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله تعالى .

ولو كان البايع ابرأ احد المشتريين عن حصته من الثمن او أخر عنه شهراً لم يكن له ان يقبض حصته من العبد حتى ينقد الآخر حصته من الثمن

وان تعددت الصفقة في هذه المسائل انعكست الأحكام اه . وهذا اذا كان الذي اشتراه الرجلان قيمياً كالعبد ، اما اذا كان مثلياً كالحنطة ونحوها مما يمكن قسمته ، فللحاضر ان يدفع ما يصيبه من الثمن و يقبض ما يصيبه من المبيع كذا نقله شارح المجلة سليم باز عن الخانية ، لكني لم اره فيها الآن في كتاب البيوع . وهذا يفيد ان المبيع اذا كان من المثليات التي يمكن قسمتها يعني لا يضرها التبعيض فدفع المشتري بعض الثمن ، فعلى البايع ان يسلمه من المبيع بقدره ، وليس له حبس كل المبيع لقبض الباقي من الثمن . حتى لو كان مكان الثياب العشرة المذكورة في مسئلة الهندية عشرة اقفزة من الحنطة ، يكون الحكم فيها كالحكم فيما اذا تعددت الصفقة . ولم اره الآن صريحاً ، فليراجع . وعليه فلا بد من تقييد الاشياء المتعددة المذكورة في هذه المادة بكونها من القيميات ، فليتأمل .

المادة ٢٨٠ = ❋ اعطاء المشتري رهناً او كفيلاً بالثمن يسقط حق الحبس ❋

لأن هذا وثيقة بالثمن ، فلا يسقط حقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، كذا في واقعات المفتين لقدري افندي .

المادة ٢٨١ = ❋ اذا سلم البايع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه . وفي هذه الصورة ليس للبايع ان يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه الى ان يستوفي الثمن ❋

وكذا لو قبضه المشتري بدون اذن البايع فأجازه ، او رآه البايع حين القبض

فسكت ، لأن هذا اذن كما تقدم في المادة (٢٧٦) .

وفي الهندية عن البدايع : لو اعار البايع المبيع من المشتري او اودعه ، سقط حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية اه . وهذا بخلاف المرتهن اذا اعار الرهن من الراهن فإنه لا يبطل الرهن فله استرجاعه ، كما في البحر وفيه عن المحيط : ان الإجارة كالإعارة والوديعة اه .

ومن التسليم الذي يسقط حق الحبس ما لو اودعه المشتري عند اجنبي او اعاره او آجره او وهبه وامر البايع بالتسليم اليه ، ففعل . لأن قبض هؤلاء يقوم مقام قبض المشتري فلا يملك استرداده بعد ذلك كما في رد المحتار .

وفي الش عن الهندية : اذا باع الأب مال طفله وسلم قبل استيفاء الثمن يملك استرداد المبيع ليحبسه لاستيفاء الثمن اه ومثله الوصي او الولي .

المادة ٢٨٢ - ❊ اذا احال البايع انسانًا بثمن المبيع وقبل المشتري الحوالة فقد اسقط حق حبسه . وفي هذه الصورة يلزم على البايع ان يبادر الى تسليم المبيع للمشتري ❊

اي في قولهم جميعًا . وكذا لو احال المشتري البايع على رجل بالثمن ، عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . وعند محمد لا يسقط حق الحبس ، كما في التتارخانية عن القدوري . وفي رد المحتار وغيره : وعند محمد فيه روايتان .

وعبارة التتارخانية : واذا احال البايع غريمًا من غرمائه على المشتري حوالة مقيدة بالثمن سقط حق البايع عن المطالبة بالثمن ، و يسقط حقه في الحبس الخ اه ومفاده انه لو لم يقيد الحوالة بكونها بالثمن ، بأن قال البايع لغريم من غرمائه حولتك بمبلغ كذا على فلان يعني المشتري ، وقبل المشتري الحوالة ، لا يسقط حق البايع في الحبس والى هذا ايضًا يشير تقييد المجلة ، كغيرها من كتب الفقهاء ، الحوالة بكونها ثمن المبيع ، ومعلوم ان مفاهيم الكتب حجة يعمل بها ، فتأمل .

ج-٢

المادة ٢٨٣ - ﴿ في بيع النسيئة ليس للبايع حق حبس المبيع بل عليه ان يسلم المبيع للمشتري على ان يقبض الثمن وقت حلول الأجل ﴾

هذا اذا كان الثمن كله مؤجلاً ، اما لو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فله حبسه حتى يستوفي الحالّ ، كما قدمناه عن الهندية ·

وفيها : لو كان الثمن مؤجلاً فلم يقبض المشتري حتى حلّ الأجل ، كان له قبضه قبل دفع الثمن ، وليس للبايع منعه · ولو اجلّه بالثمن سنةً غير معينةٍ فلم يحضر المشتري حتى مضت السنة ، فالأجل سنة من حين يقبض المبيع في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى · وان كان سنة بعينها صار الثمن حالاً · وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : الثمن حالٌ في الوجهين · ومحل الاختلاف فيما اذا امتنع البايع من التسليم اما اذا لم يمتنع ، فابتداؤه من وقت العقد اجماعاً (الكل من الهندية) ·

المادة ٢٨٤ - ﴿ اذا باع حالاً اي معجلاً ثم اجل البايع الثمن سقط حق حبسه للمبيع وعليه حينئذٍ ان يسلم المبيع للمشتري على ان يقبض الثمن وقت حلول الأجل ·

وكذا لو ابرأه البايع عن كل الثمن بطل حق الحبس ، كما في الهندية ·

﴿ تتمة ﴾

لو غصب شيئاً ثم اشتراه صار قابضاً وليس للبايع حبسه ، بخلاف الوديعة والعارية الا اذا وصل اليه بعد التخلية (بحر) والأصل ان البيع اذا وقع والمبيع

مقبوض مضمون على المشتري بقيمته ينوب قبضه عن قبض الشراء لانه من جنس القبض المستحق بالشراء ، لأن قبض الشراء مضمونٌ بنفسه . فإذا كان الشيء في يده بغصبٍ او مقبوضاً بعقدٍ فاسد فاشتراه من المالك عقداً صحيحاً ، ينوب القبض الأول عن الثاني حتى لو هلك قبل ان يذهب الى بيته و يصل اليه و يتمكن من اخذه ، كان الهلاك عليه ، اي وليس للبايع ان يسترده ليحبسه بالثمن . ولو كان في يده عاريةً او وديعةً او رهناً لم يصر قابضاً بمجرد العقد الا ان يكون بحضرته او يرجع اليه فيتمكن من القبض . فإذا فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضاً منه ثم اراد البايع ان يحبسها بالثمن . لم يكن له ذلك . وان اخذها البايع من بيت المودع او المستعير قبل ان تصل اليه يد المشتري ، كان له ذلك . ولو كان المبيع بحضرتها فباعه منه لم يكن للبايع حبسه (كذا في الهندية)

❊ تنبيه ❊

ذكر في الخانية ما نصه : اشترى رجلٌ شيئاً وغاب قبل القبض ونقد الثمن ، فأقام بايعه البينة انه باعه منه ولم يقبض ثمنه ، فإن كانت غيبة المشتري معروفة فليس للقاضي بيع المبيع لوفاء الثمن لأنه يمكن البايع الذهاب الى المشتري . وان كانت الغيبة مجهولةً كان للقاضي بيع المبيع ان كان منقولاً وتأدية الثمن الى البايع وما فضل من الثمن الثاني يمسكه للغائب . وان نقص تبعه البايع اذا ظفر به يستوفي ما بقي له اه . ومثله في واقعات المفتين عن خزانة الفتاوى . وانظر كيف يسمع القاضي البينة على الغائب او يحكم عليه . والظاهر انه ينصب عنه وكيلاً مسخراً ، وليتأمل — قلت : وفي الخانية ، من باب الخيار : لو باع شيئاً يتسارع اليه الفساد بيعاً باتاً ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب ، كان للبايع ان يبيعه من آخر ، ويحل للمشتري الثاني ان يشتري وان كان يعلم بذلك اه زاد في البزازية : فإن باع بأزيد تصدّق به ، وانْ بأنقص فالنقصان موضوع اه . اي يكون على البايع .

ج—٣

(الفصل الثالث)

❋ في حكم مكان التسليم ❋

المادة ٢٨٥ ❋ مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذٍ مثلاً لو باع رجل وهو في اسلامبول حنطته التي في تكفور طاغى يلزم عليه تسليم الحنطة المرقومة في تكفور طاغى وليس عليه ان يسلمها في اسلامبول ❋

عبارة الهندية عن المحيط : العقد يقتضي تسليم المعقود عليه حيث كان المعقود عليه وقت العقد ، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد . هذا هو ظاهر مذهب اصحابنا رحمهم الله تعالى حتى لو انه اشترى حنطة وهو في المصر والحنطة في السواد ، يجب تسليمها في السواد اه

المادة ٢٨٦ = ❋ اذا كان المشتري لا يعلم المبيع في اي محل وقت العقد وعلم به بعد ذلك كان مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء امضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً ❋

الظاهر ان ثبوت خيار الفسخ للمشتري انما هو اذا ظهر المبيع في محل بعيد عن محل المشتري ، بحيث يحتاج في نقله الى مشي طويل او الى مؤنة حمل ونقل او غير ذلك . فإن هذا يكون عيباً في المبيع ، نظير ما اذا اشترى كرماً فظهر ان شربه على ناووق ، اي خشبة منقورة توضع على ظهر نهر او على موضع آخر ،

وظهر انه بحال لا يمكن سقيه الا بعد ان يسكر النهر، كما ذكره في الهندية . واما اذا ظهر انه في محل قريب لا يحتاج فيه الى ما ذكر، فينبغي ان لا يثبت له خيار الفسخ، اذ لا عيب فيه حينئذ . على اني لم ارَ هذه المسئلة منقولة فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء فلتراجع .

المادة ٢٨٧ — ❋ اذا بيع مال على ان يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور ❋

قال في الهندية : ولو اشترى بشرط ان يوفيه في منزله فإنه ينظر : ان كان المشتري في المصر ومنزله ايضاً فيه ، فالبيع جائز بهذا الشرط استحساناً في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . ولو كان منزله خارج المصر والمشتري في المصر ، او المشتري خارج المصر ومنزله في المصر لا يجوز بالاجماع وكذلك اذا كان كلاهما في غير المصر . ولو كان بشرط الحمل الى منزله ، لا يجوز بالاجماع (كذا في شرح الطحاوي) .

ومقتضى القياس ان يكون البيع فاسداً في الصورة الأولى ايضاً لما تقدم من ان العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو فيه ، فاشتراط تسليمه في محل غيره شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ، وفيه نفعٌ للمشتري . الا انه في تلك الصورة اعتبر المصر جميعه محلاً واحداً استحساناً ، فجاز اشتراط تسليمه في منزل المشتري في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، بخلاف الصور الثلاث الاخيرة ، ولهذا فسد البيع فيها اجماعاً .

وقول الهندية : « ولو كان بشرط الحمل الى منزله لا يجوز بالاجماع » اي وان كان المشتري والمنزل في المصر الذي فيه المبيع ، للفرق بين اشتراط تسليم المبيع وبين اشتراط تحميله ، لأن الأول من مقتضيات العقد بخلاف الثاني .

ولهذا قال في الخانية : رجل اشترى شيئاً على ان يحمله البايع الى منزل المشتري . قالوا : إنْ قال ذلك بالعربية ، لا يجوز البيع . وان قال بالفارسية ، جاز . لأن في العربيه يفرق بين الحمل والايفاء ، وفي الفارسية لا يفرق ، ويكون

شرط الحمل بمنزلة شرط الايفاء اه

وبهذا ظهر ان قول المجلة « لزم تسليمه في المحل المذكور » محمولٌ على ما اذا كان ذلك المحل المشروط فيه التسليم في المصر الذي فيه المبيع والمشتري فيه ايضاً ، والا كان البيع فاسداً بالاجماع في الصور الثلاث الباقية ، كما علمت — اللهم الاَّ ان يكون هذا الشرط قد صار متعارفاً عند اهل بلدة او اكثر ، فإنه يكون حينئذٍ معتبراً والبيع به صحيحاً في جميع الصور وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، كما تقدم في المادة (١٨٨) هكذا ينبغي تقرير هذا المحل ·

بقي ما اذا بيع مالٌ على ان يسلم المشتري ثمنه في محل كذا · وقد اوضحه في الخانية فقال : باع عبداً على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ، فسد البيع لأنه شرط اجلاً مجهولاً · هذا اذا كان الثمن حالاً · فإن باع بألف الى شهر على ان يؤدي الثمن اليه في بلد آخر ، جاز البيع بألف الى شهر ، ويبطل شرط الايفاء في بلد اخر لانه باع بألف الى اجل معلوم · وانما ذكر الايفاء في بلد آخر لتعيين مكان الايفاء ، وتعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة ، لا يصح · وان كان شيئاً له حمل ومؤنة يصح تعيين مكان الايفاء ، ويجوز البيع ايضاً اه

— الفصل الرابع —

❋ في مؤنة التسليم ولوازمه ❋

المادة ٢٨٨ — ❋ المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري · مثلاً اجرة عد النقود ووزنها وما اشبه ذلك تلزم المشتري وحده ❋

لأن الوزن من التسليم وتسليم الثمن على المشتري ، فكذا ما يكون من تمامه (زيلعي) ·

وكذا يجب عليه تسليم الجيد لأن حق البائع تعلق به ، فتكون اجرة

نقد الثمن اي تعرف جيده من زيفه على المشتري ، كما في الكنز والتنوير وغيرهما.
قال في البحر : وما ذكره المصنف في نقد الثمن هو الصحيح ، كما في الخلاصة. وهو ظاهر الرواية كما في الخانية ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد . وقال : وبه يفتى الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء يردّه بعيب الزيافة ، فإنه على البايع اه — اي لأنه اذا قبضه دخل في ضمانه ، فاذا ادعى انه خلاف حقه فالناقد انما يميّز ملكه ليستوفي بذلك حقاً له ، فالاجرة عليه (حموي عن الجوهرة) واطلق في اجرة الناقد فشمل ما اذا قال المشتري دراهمي منتقدة اولاً ، وهو الصحيح ، خلافاً لمن فصل (بحر عن الخانية)

❋ فرعٌ ❋

ظهر بعد نقد الصراف ان الدراهم زيوف ، رد الاجرة . وان وجد البعض، فبقدره (بزازية) اي فيرد من الاجرة بقدر ما ظهر زيفاً ، فيرد نصف الاجرة ان ظهر نصف الدراهم زيوفاً . قال في رد المحتار : ورأيته ايضاً في الخانية والولوالجية . ورأيت منقولاً عن المحيط انه لا اجر له بظهور البعض زيوفاً لأنه لم يوف عمله ولا ضمان عليه اه .

المادة ٢٨٩ — ❋ المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البايع وحده مثلاً اجرة الكيال للمكيلات والوزان للموزونات المبيعة تلزم البايع وحده ❋

وكذا اجرة العداد والذراع اذا بيعت بشرط العدّ والذرع اه (مسكين) لان التسليم عليه ، وهذا من تمامه

ولواشترى حنطة في سنبلها فعلى البايع تخليصها بالدرس والتدرية ودفعها للمشتري ، هو المختار ، والتبن للبايع — الا اذا بيعت بما هي فيه ، يعني اذا باع الحنطة بالتبن، فانه لا يلزم البايع تخليصه (رد المحتار) اي والمشترى يكون

للمشتري كما هو ظاهر ·

ولو اشترى ثياباً في جراب ، ففتح الجراب على البايع ، واخراج الثياب على المشتري ، الا اذا كان العرف بخلافه — كما لو اشترى ماء في قربة ، فإن صبه يكون على البايع (ابو السعود) لكن قال الحموي : اخراج الثياب من الجراب من تمام التسليم ، فينبغي ان يكون على البايع اه وكذا صب الحنطة في وعاء المشتري على البايع (فتح) ·

وفي البحر عن الخانية : المعتبر في هذا ، العُرف اه ·

واما اجرة الدلال ، فإن باع العين بنفسه بأذن ربها ، فأجرته على البايع وليس له اخذ شيء من المشتري ، لأنه هو العاقد حقيقة كما في شرح الوهبانية · والظاهر انه لا يعتبر العرف هنا لأنه لا وجه له · وان سعى بينهما وباع المالك بنفسه ، يعتبر العرف كذا في الدر وحواشيه ·

المادة ٢٩٠ — ❊ الاشياء المبيعة جزافاً مؤنتها ومصارفها على المشتري مثلاً لو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت اجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشترى · وكذا لو بيع انبار حنطة مجازفة فاجرة اخراج الحنطة من الانبار ونقلها على المشتري ❊

قال في البحر : وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر ، اذا خلى بينها و بين المشتري · وفي المنتقى اخراج الطعام من السفينة على المشتري اها (فتح)

المادة ٢٩٢ = ❊ ما يباع محمولاً على الحيوان كالحطب والفحم تكون اجرة نقله وايصاله الى بيت المشتري جارية على حسب عرف البلدة وعادتها ❊

قال في المنتقى : اذا اشترى وقر حطب فعلى البايع ان يأتي به الى منزل

المشتري ، بحكم العرف .

وفي صلح النوازل عن محمد بن سلمة قال : في الاشياء التي تباع على ظهر الدواب كالحطب والفحم ونحو ذلك اذا امتنع البايع عن الحمل الى منزل المشتري اجبرته على ذلك ، وكذا الحنطة اذا اشتراها على ظهر الدابة فإن كانت صبرة اشتراها على ان يحملها الى منزله ، فالبيع فاسد كذا في الفتاوى الصغرى اه . وقوله اجبرته على ذلك كأنه لجريان العرف في ذلك . وفي ديارنا : العرف جار كذلك في الفحم والحطب ، وكذا في التبن ايضاً واما في الحنطة فلا .

وفي الخانية : رجل اشترى وقر حطب في مصر وذهب المشتري مع البايع الى بيت المشتري فاغتصب الحطب انسان ، فإن ذلك يكون من مال البايع لا من مال المشتري ، لأن على البايع ان يأتي به الى منزل المشتري اه .

وفي الهندية : ايضاً رجل اشترى صوفاً في فراش فأبى البايع فتقه ، فهذا على وجهين : اما ان كان في فتقه ضرر او لم يكن . ففي الوجه الأول لا يجبر عليه ، لأن الضرر لا يلزم بالعقد . وفي الوجه الثاني يجبر ، لكن مقدار ما ينظر اليه المشتري ، فإذا رضيه اجبر على فتقه كله .

المادة ٢٩٢ — ﴿ اجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم على المشتري، لكن يلزم على البايع تقرير البيع والاشهاد عليه في المحكمة ﴾

قال في الهندية : في الصكاك رجل اشترى داراً فطلب من البايع ان يكتب صكاً على الشراء فابى البايع ، لا يجبر على ذلك . وان كتب المشتري من مال نفسه وامره بالاشهاد وامتنع البايع من ذلك ، لا يؤمر بأن يشهد شاهدين ، هو المختار ، لأن المشتري محتاج الى الاشهاد . لكن انما يؤمر اذا اتى المشتري بشاهدين اليه يشهدهما على البيع ، ولا يكلف بالخروج الى الشهود فإن ابى البايع ، يرفع المشترى الأمر الى القاضي . فإن اقر بين يدي القاضي كتب له سجلاً

واشهد عليه ، كذا في المحيط . وكذا لا يجبر على دفع الصك القديم ، ولكن يؤمر بإحضار الصك حتى ينسخ المشتري من تلك النسخة فيكون حجة في يد المشتري ، والصك القديم في يد البايع حجة له ايضاً . فإن ابى البايع ان يعرض الصك القديم ليكتب المشتري من ذلك صكا ، هل يجبر البايع على ذلك ؟ قال الفقيه ابو جعفر في مثل هذا انه يجبر عليه اه . وفي رد المحتار : عن جامع الفصولين ان اجرة الصكاك على من ياخذ الصك ، اعتباراً بالعرف اه . اقول : والظاهر ان قيمة الورقة الصحيحة التي تلصق بالسند في زماننا لها حكم اجرة الصكاك ، فكون على من يأخذ الصك تأمل .

✵ الفصل الخامس ✵

(في بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع)

المادة ٢٩٣ = ✵ المبيع اذا هلك في يد البايع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البايع ولا شيء على المشتري ✵

نقل في رد المحتار عن الفتح والدر المنتقى ما نصه : لو هلك المبيع بفعل البايع او بفعل المبيع او بأمر سماوي بطل البيع ورجع بالثمن لو مقبوضاً . وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقاً او بشرط الخيار له ، وان كان الخيار للبايع او كان البيع فاسداً ، لزمه ضمان مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً . وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار : ان شاء فسخ البيع فيضمن الجاني للبايع ذلك ، وان شاء امضاه ودفع الثمن واتبع الجاني . ويطيب له الفضل ان كان الضمان من خلاف الثمن ، والا فلا اه . وقوله « ويضمن الجاني للبايع » اي وحكم الفضل في حقه ما ذكر في جانب المشتري ان المثل او القيمة ، من جنس الثمن لا يطيب ، وان من خلاف جنسه ، يطيب . ثم ان اختيار المشتري اتباع الجاني ،

قبض للمبيع عند الثاني، خلافاً لمحمد .

واثر الخلاف يظهر فيما اذا توى المثل او القيمة على الجاني . فالتواء على المشتري عند الثاني ، وعلى البايع عند محمد . وفيما اذا اخذ من الجاني مكانه شيئاً آخر جاز عند الثاني (كذا في البزازية) ولا يجوز عند محمد ، لأن فيه بيع المبيع قبل قبضه . وهذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض، واما اذا هلك بعضه فيسقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر او وصف وخير المشتري بين الفسخ والامضاء . وان بفعل اجنبي فالجواب فيه كالجواب في جميع المبيع . وان بآفة سماوية ، إنْ نقصان قدر طُرح على المشتري حصة الفائت من الثمن ، وله الخيار في الباقي . وإن نقص وصف لا يسقط شيء من الثمن ، لكنه يخيّر بين الأخذ بكل الثمن او الترك . والوصف ما يدخل في البيع بلا ذكر كالاشجار والبناء في الارض والاطراف في الحيوان والجودة في الكيلي والوزني . وإنْ بفعل المعقود عليه ، فالجواب كذلك . وإنْ بفعل المشتري ، صار قابضاً ما اتلف بالاتلاف ، والباقي بالتعيب . فإن هلك الباقي قبل حبسه ، فعلى المشتري . وإنْ بعد الحبس ، فعلى البايع ، وعلى المشتري حصة ما اتلفه لا غير . فإن حبس بعد سقوط حقه في الحبس، فعلى المشتري كل الثمن، وعلى البايع ضمانه اه (بزازية) .

وفي الخانية : رجلٌ اشترى شاتين فنطحت احداهما الاخرى فهلكت ، خير المشتري ان شاء قبض الباقي بحصتها من الثمن ، وان شاء ترك . وكذا لو اشترى حماراً وشعيراً فأكل الحمار الشعير قبل القبض، لأن فعل العجماء جبار، فصار كأنها هلكت بآفة سماوية . ولو اشترى عبدين فقتل احدهما الآخر قبل القبض ، خير المشتري ان شاء اخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء ترك . وكذا لو اشترى عبداً وطعاماً فأكل العبد الطعام قبل القبض ، لا يسقط شيء من الثمن ، لأن فعل الآدمي معتبرٌ فصار المشتري قابضاً الهالك بفعل الأول . ولو باع عبداً برغيف بعينه فلم يتقابضا حتى اكل العبد الرغيف ، يصير البايع مستوفياً الثمن، لأن جناية العبد في يد البايع مضمونة على البايع ، فصار البايع قابضاً الثمن بفعل العبد . ولو باع حماراً بشعير بعينه فلم يتقابضا حتى اكل الحمار الشعير . ينفسخ البيع . ولا

يكون البايع مستوفياً الثمن ، لأن فعل الحمار هدر غير مضمون فيصير الشعير هالكاً قبل القبض بآفة سماوية . فينفسخ البيع اهـ.

وبهذا ظهر ان قول البزازية « وإن بفعل المعقود عليه فكذلك » محمولٌ على ما اذا كان المعقود عليه غير آدمي . والا بأن كان عبداً فأكل الطعام او قتل المبيع الآخر ، فإنه لا يسقط شيء من الثمن ، وانما يثبت للمشتري الخيار كما علمت .

وكذلك قوله « واما اذا هلك بعضه فيسقط من الثمن الخ » المراد من الهلاك هنا استهلاك البايع اياه ، والا فهلاكه بآفة سماوية او بغيرها ، قد ذكر حكمه فيما بعد انه اذا كان نقصان وصف لا يسقط شيء من الثمن ولم ار من نبه عليه ، فليتدبر

❊ فرع ❊

من هلاك المبيع قبل القبض ما في الخانية والهندية وغيرهما : لو اشترى ثوباً ولم يقبضه ولم ينقد الثمن فقال للبايع لا أأتمنك عليه ادفعه الى فلان ، فيكون عنده حتى ادفع لك الثمن ، فدفعه البايع الى فلان فهلك عنده ، كان الهلاك على البايع ، لأن المدفوع اليه يمسكه بالثمن لأجل البايع فتكون يده كيد البايع اهـ.

وفي الخانية : اشترى شيئاً ونقد بعض الثمن ثم قال للبايع تركته عندك رهناً بالباقي من الثمن او قال تركته وديعة عندك ، لا يكون ذلك قبضاً فان هلك ، هلك على البايع اهـ

المادة ٢٩٤ — ❊ اذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البايع ❊

الا اذا اتلفه البايع وكان القبض بلا اذنه والثمن حالٌ غير منقود ، فإن البايع يصير مسترداً ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري ، كما في البزازية .

وفيها : ولو هلك البعض بعد القبض ، فعلى المشتري — الا اذا كان بفعل البايع

فإنه ان لم يكن له حق الاسترداد للحبس ، فهو كالاستهلاك من الاجنبي . وان كان له حق الاسترداد انفسخ البيع في قدر ما اتلف وسقط حصته من الثمن عن المشتري فلو هلك الباقي في يد المشتري لزمه قسطه من الثمن ، الا اذا هلك الباقي من سراية جناية البايع فيكون مسترداً له ايضاً ، فيسقط الثمن .

وان زعم البايع انه هلك بعد قبضه والمشتري انه قبل قبضه ، فالقول للمشتري ، وايهما برهن قبل ، وان برهنا فبينة البايع اولى اه وتمامه فيها .

المادة ٢٩٥ — ✻ اذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل نقد الثمن فليس للبايع استرداد المبيع بل يكون اسوة للغرماء ✻

لا بد من تقييد القبض بكونه باذن البايع ، لأنه حينئذٍ يسقط حق البايع في حبس المبيع والساقط لا يعود واما لو كان قبضه بلا اذن البايع فالذي يظهر ان للبايع استرداده من ايدي الغرماء كما كان له حق الاسترداد قبل موت المشتري ، وليراجع .

المادة ٢٩٦ — ✻ اذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع واداء الثمن كان للبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن من تركة المشتري . وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيوفي حق البايع بتمامه وان بيع بانقص من الثمن الأصلي اخذ البايع الثمن الذي بيع به ويكون في الباقي كالغرماء . وان بيع بأزيد اخذ البايع الثمن الاصلي فقط وما زاد يعطى الى الغرماء ✻

هذا هو المراد بقوله في متن التنوير « فإن البايع احق به » لا ان المراد بكونه احق به ان يأخذه مطلقاً اذ لا وجه لذلك ، لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته

الى ورثته وتعلق به حق غرمائه . وانما كان احق به من باقي الغرماء. لانه كان له حق حبس المبيع الى قبض الثمن في حياة المشتري ، فكذا بعد موته ، هـذا ما حرره في رد المحتار . قال: وهذا نظير ما سيذكره المص يعني صاحب التنوير في الاجارات من انه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمستأجر احق بالدار من غرمائه — اي اذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الاجرة وانفسخ عقد الاجارة بموت المؤجر، فله حبس الدار ، وهو احق بثمنها بخلاف ما اذا عجل الأجرة ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر ، فإنه يكون اسوة لسائر الغرماء ، ولا يكون له حبس الدار كما في جامع الفصولين اه

المادة ٢٩٧ — ❊ اذا قبض البايع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع الى المشتري كان المبيع امانة في يد البايع . وفي هـذه الصورة يأخذ المشتري المبيع ولا يزاحمه باقي الغرماء ❊

قال في رد المحتار : لأنه ليس للبايع حق حبسه في حياته ، بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عينه باقية . فيكون له اخذه بعد موت البايع ايضاً اذ لا حق للغرماء فيه بوجه ، لانه امانة عند البايع . وان كان مضموناً بالثمن لو هلك عنده ومثله الرهن فإن الراهن احق به من غرماء المرتهن اه

ج — ٢

﴿ الفصل السادس ﴾

(فيما يتعلق بسوم الشراء وسوم النظر)

المادة ٢٩٨ – ﴿ ما قبضه المشتري على سوم الشراء وهو ان يأخذ المشتري من البايع مالاً على ان يشتريه مع تسمية الثمن ﴾

من الجانبين حقيقةً او حكماً . وحاصل ما تضمنته هذه المادة تبعاً لما حققه العلامة الطرسوسي في انفع الوسائل وحرره العلامة بن عابدين في رد المحتار ، ان المساوم اذا قبض المبيع وهلك في يده لا ضمان عليه ، الا اذا كان القبض على سوم الشراء وحصلت تسمية الثمن ورضي الجانبان ، يعني البايع والمساوم ، بما ذكر حقيقةً او حكماً . فالأول ظاهر . والثاني بأن يصرح احدهما بما ذكر ، ويصدر من الآخر ما يدل على الرضى به . اما لو كان القبض على سوم النظر ، بأن قال : خذه لتنظر اليه او تريه احداً فقبضه ، او قال المساوم ذلك فدفعه البايع اليه ، او صرح كلٌ منهما بذلك سواء سميا الثمن او لم يسمياه ، فلا ضمان لأنه امانة في يد المساوم . وكذلك لو كان القبض على سوم الشراء لكن لم يسميا الثمن بأن قال البايع خذه فإن رضيته فقد بعتكه فأخذه ، او قال المساوم اخذته فإن رضيته اشتريته فدفعه اليه ، او قالا ذلك وكذلك لو صرح احدهما بما ذكر مع بيان الثمن ولم يوجد من الآخر ما يدل على الرضى به ، بأن قال البايع خذه فأن رضيته فهو لك بعشرة ، فقال المساوم بل آخذه لأنظر اليه او اريه احداً او قال المساوم هاته بعشرة فقال البايع خذه لتنظر اليه او تريه احداً . ففي جميع هذه الصور لا ضمان لأنه امانة في يده ، فلا يكون ضامناً الا بالتعدي .

﴿ فرع ﴾

نقل في البحر عن الخانية : طلب منه ثوباً ليشتري به فاعطاه ثلاثة اثواب ، وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحملها فأي ثوب ترضى بعته منك ، فحمل فهلكت عند المشتري ، قال الإمام بن الفضل : ان هلكت جملةً او متعاقباً ولا يدري الأول وما بعده ، ضمن ثلث الكل . وان عرف الاول لزمه ذلك الثوب ، والثوبان امانة . وان هلك اثنان ولا يعلم ايهما الأول ضمن نصف كل منهما ورد الثالث لأنه امانة . وان نقص الثالث ثلثه او ربعه لا يضمن النقصان وان هلك واحدٌ فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين اه . ملخصاً . قال في رد المحتار . وهل هذا خاصٌ بما اذا كانت ثلاثة لتكون مما فيه خيار التعيين الآتي بيانه او اعمّ ؟ — والظاهر الثاني ، اذ لو كانت اكثر فلاشك ان واحداً منها مقبوض على سوم الشراء وان كان فاسداً والباقي على سوم النظر فهو امانة بخلاف الأول فتأمل اه .

﴿ فهلك او ضاع في يده فان كان من القيميات لزمته قيمته وان كان من المثليات لزمه اداء مثله للبايع ﴾

ولو شرط المساوم عدم ضمانه كما في الدر المختار عن البزازية . وعبارة الخانية : اذا شرط عدم الضمان في المقبوض على سوم الشراء فالشرط باطل . فلو اخذ شيئاً على سوم الشراء ثم قال له البايع « ان هلك فلا ضمان عليك » بعد ما اتفقا على الثمن ، فهلك ، يضمن . وكذا لو استباع قوساً بعد ان اتفقا على الثمن فقال له البايع « مد القوس وان انكسر فلا ضمان عليك » فمده فانكسر ، ضمن المشتري قيمته اه .

وفي البحر عن الخانية : الوكيل بالشراء اذا اخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده على الوكيل فهلك عنده ، قال الأمام ابن الفضل : ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل الا ان يأمره بالاخذ على سوم الشراء فحينئذ اذا ضمن الوكيل رجع على الموكل اه . وقول المجلة « لزمته قيمته » اي بالغة ما بلغت كما هو ظاهر كلام الاصحاب ، خلافاً لما بحثه الطرسوسي من انه

ينبغي ان لا يزاد بها على الثمن ، فقد رده في النهر وغيره .

واحترز بقوله « فهلك او ضاع في يده » عما اذا استهلكه القابض، فإنه حينئذ يكون مضموناً بالثمن المسمى ، كما نقله الطرسوسي عن المنتقى . وعلله في المحيط بأنه صار راضياً بالمبيع ، حملاً لفعله على الصلاح والسداد .

وهذا بخلاف ما لو استهلكه وارث القابض فإنه ايضاً يكون مضموناً بالقيمة او المثل . والفرق بين هذا و بين استهلاك المورث ان العاقد هو المشتري فإذا استهلكه كان راضياً بامضاء عقد الشراء بالثمن المذكور . بخلاف ما اذا استهلكه وارثه لا ن الوارث غير العاقد ، بل العقد انفسخ بموته فيبقى امانة في يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن (افاده في رد المحتار) وقال : ثم رأيت الطرسوسي نقل عن المنتقى ما يفيد ذلك ، وهو قوله : ولو قال البايع رجعت عما قلت ، او مات احدهما قبل ان يقول المشتري رضيت ، انتقض جهة البيع . فإن استهلكه المشتري بعد ذلك ، فعليه قيمته ، كما في حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع في يده مضموناً ، فكذا هنا اه . يعني انه بعد انتقاض جهة البيع لا فرق بين هلاك المقبوض واستهلاك المشتري اياه في لزوم القيمة دون الثمن . يشير الى هذا قوله « كما في حقيقة البيع لو انتقض الخ » فهو نظير ما اذا اشترى بشرط الخيار له او للبايع فقبضه ثم بعد فسخ البيع بالخيار هلك في يد المشتري ، فإنه يكون مضموناً بالقيمة كما سيأتي التصريح به في شرح المادة ٣٠٨ و٣٠٩

وفي اواخر الفصل الثلاثين من جامع الفصولين : وما قبض على سوم الشراء لو ثمن سماه يماثل البيع الفاسد ضمن في المثلي مثله وفي غيره بقيمته اه وقد اخطأ هنا شارح المجلة سليم باز خطأً فاحشاً حيث زعم انه اذا هلك المبيع بعد الانتقاض فلا ضمان لانه امانة . وياليته قال ذلك من عند نفسه تفقهاً على طريق البحث ، بل جعله منقولاً حيث قال في عبارة رد المحتار المنقولة عن الطرسوسي عن المنتقى: فان استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته ، وان هلك فلا ضمان اه اي لأنه امانة . هذا لفظه ، فقد قال على رد المحتار ما لم يقله كما سمعت عبارته اعلاه .

✳ واما اذا اخذه بدون ان يبين ويسمى له ثمناً كان ذلك المال امانة

في يد المشتري فلا يضمن اذا هلك اوضاع بلا تعد . مثلاً لو قال البايع للمشتري ثمن هذه الدابة الف قرش اذهب بها فان اعجبتك اشترها فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها فهلكت الدابة في يده لزم عليه اداء قيمتها للبايع . واما اذا لم يبين الثمن بل قال البايع للمشتري خذها فلون اعجبتك تشتريها واخذها المشتري على انه ان اعجبته يقاوله على الثمن ويشتريها ففي هذه الصورة اذا هلكت في يد المشتري بلا تعد لا يضمن *

بخلاف ما اذا هلكت بتعديه فإنه يضمنها بالقيمة كما هو حكم سائر الامانات .

وفي الهنديه : رجل جاء الى زجاج فقال ادفع الي هذه القارورة ، فأراه اياها ، فقال الزجاج ارفعها ، فرفعها فوقعت فانكسرت ، لا يضمن الرافع ، لأنه رفعها بأذنه . وان كان على سوم الشراء فالثمن ليس بمذكور والمقبوض على سوم الشراء لا يضمن الا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية ، فإن كان القابض قال للزجاج بكم هذه القارورة فقال الزجاج بكذا فقال أخذها فقال الزجاج نعم فاخذها فوقعت من يده فانكسرت ، كان عليه قيمتها . هذا اذا اخذها باذن صاحبها ، والا كان ضامناً بين الثمن او لم يبين .

ولو ساوم رجل رجلاً بقدح فقال لصاحب القدح ارني قدحك هذا فدفعه اليه فنظر اليه الرجل فوقع منه على اقداح لصاحب الزجاج فانكسر القدح والأقداح، قال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن القدح لأنه امانة ، ويضمن سائر الأقداح لأنه اتلفها بغير اذنه .

ولو اشترى شيئاً فاعطاه البايع غير المبيع غلطاً فهلك ضمن القيمة لأنه قبضه على جهة البيع ، وهو سوم . ولو قال لغلامه اقبض فقبض غلطاً فهلك ، لم يضمن . كذا في التتارخانية اه

ج-٢

المادة ٢٩٦ - ﴿ ما يقبض على سوم النظر وهو ان يقبض مالاً بنظر اليه او يريه لآخر سواء بيّن ثمنه او لا يكون امانةً في يد القابض فلا يضمن اذا هلك او ضاع بلا تعدٍ ﴾

وفي حكمه المقبوض على سوم الشراء اذا لم يبين الثمن ، كما في رد المحتار ، وقدمناه .

﴿ تتمة ﴾

المقبوض على سوم الرهن مضمونٌ بالأقل من قيمته ومن الدين ، كما في الدر . يعني اذا سمي قدر الدين ، والا فلا ضمان . ففي الدر من كتاب الرهن :المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون في الاصح اه

وفي البزازية : الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود بأن وعده ان يقرضه الفاً فاعطاه رهناً وهلك قبل الاقراض ، يعطيه الالف الموعود جبراً . فإن هلك هذا في يد المرتهن او العدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين ، فيضمن بالاقل منهما اه

وفي اواخر الثلاثين من جامع الفصولين : لو اخذ رب السلم رهناً بالمسلم فيه صار مستوفياً بهلاكه . ولو تفاسخا السلم فهلك الرهن في يد رب السلم يهلك بالطعام فعلى رب السلم رد مثل طعامه واخذ رأس ماله ، اذ حقه بعد الفسخ رأس ماله .

رهن ببر عليه ثم شرى البر بدراهم ثم هلك الرهن ، فعلى المرتهن رد الطعام على الراهن قضى دينه تبرعاً فهلك الرهن فللمتبرع اخذ ما دفع ، وتمام الكلام على ذلك فيه ، فليراجع .

الباب السادس

(في بيان الخيارات وفيه سبعة فصول)

— الفصل الاول —

في بيان خيار الشرط

من اضافة الحكم الى سببه ، لأن الشرط سبب الخيار (مسكين) فإن الأصل في حكم العقد اللزوم من الطرفين ، ولا يثبت لاحدهما اختيار الامضاء والفسخ ولو في مجلس العقد عندنا ، الا باشتراط ذلك (رد المحتار) .

وخيار الشرط انواع : فاسد وفاقاً ، كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياماً او ابداً . وجائز وفاقاً ، وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها . ومختلف فيه ، وهو ان يقول على اني بالخيار شهراً او شهرين ، فإنه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي ، جائزٌ عند ابي يوسف ومحمد (درر وعناية) .

ويثبت خيار الشرط في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائز ، حتى لو باع عبداً بالف درهم ورطل من خمر على ان البايع بالخيار فقبضه المشتري باذن البائع واعتقه ، لا يجوز لا نافذاً ولا موقوفاً ، كذا في الهندية .

فروعٌ

لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط فلو باعه حماراً على انه ان لم يجاوز هذا النهر فردّه يقبله والا لا ، لم يصح . وكذا اذا قال ما لم يجاوز به الى الغد اهـ (بحر عن القنية) .

وبثبت خيار الشرط بعد قبض المشتري حتى لو قال له البايع بعد مضي ايامات

بالخيار ثلاثة ايام ، له الخيار ثلاثة ايام ، في المختار · ولو قال له انت بالخيار ، له الخيار ما دام في المجلس (بز ز ية) ولو قال الى الظهر ، فعند الإمام يستمر الى ان يدخل وقت الظهر · وعندهما لا تدخل الغاية (فتح) وفي الخانية لو اختلفا في اشتراطه فالقول لنا فيه في ظاهر الرواية اه · وفي التتارخانية عن العتابية : وان اختلف المتبايعان في الخيار فالقول لمن ينكر الخيار ، اذ الأصل عدمه · ولو اختلفا في مقداره ، فالقول لمن يدعي الاقل · ولو اختلفا في مضيه فالقول لمن انكر المضي · ولو ادعى احدهما شرط الخيار شهراً او مطلقاً والاخر ثلاثاً فالقول لمن يدعي الثلاث اه وتمام الكلام على ذلك فيها ·

المادة ٣٠٠ — ❊ يجوز ان يشترط الخيار بفسخ البيع او اجازته ❊

بعد العقد ومعه لا قبل (در منتقى) فلو قال : جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ، ثم اشترى مطلقاً ، لم يثبت (رد المحتار عن البحر) و يجوز ذلك في كل المبيع او بعضه ، كثلثه او ربعه · ولا فرق في هذا بين كون الخيار للبايع او للمشتري ، ولا بين ان يفصل الثمن او لا ، لأن نصف الواحد لا يتفاوت ومثله ما اذا كان المبيع متعدداً وشرط الخيار في معيّن منه مع تفصيل الثمن ، كذا في الدر وحواشيه ·

❊ مدة معلومة ❊

اعم من ان تكون مدة الخيار ثلاثة ايام او اكثر · وهذا اختيار من المجلة لقول الإمامين ، و به قال احمد ، لأنه شرع نظراً للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن · وقد لا يحصل ذلك في الثلاث فيكون مفوضاً اليهما (عيني على الكنز)

فلو لم تكن المدة معلومة بأن لم يبين وقتاً او ذكراً وقتاً مجهولاً فأجاز في الثلاث او سقط الخيار بموته او موت العبد او اعتقه المشتري او احدث فيه ما يوجب لزوم العقد ، ينقلب جائزاً · واختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء على قول

ابي حنيفة ، فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحاً بالاسقاط قبل اليوم الرابع ، قيل : وهو ظاهر الرواية والاوجه انه موقوف ، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن ، واختاره الإمام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشائخ ما وراء النهر بحر ملخصاً) .

وفي الهندية عن السراج : واذا لم يوقت للخيار وقتاً وابطل صاحب الخيار خياره بعد مضي الثلاث ، لا ينقلب جائزاً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما ينقلب جائزاً اه . والحاصل انه اذا لم يوقت للخيار وقت معين ثم ابطل صاحب الخيار خياره فعند ابي حنيفة القائل بعدم صحة اشتراط الخيار اكثر من ثلاثة ايام ينقلب البيع جائزاً اذا كان ابطال الخيار قبل مضي الثلاث وعند الامامين القائلين بصحة اشتراطه اكثر من ثلاثة ايام ، وهو الذي اختارته هذه المجلة ، ينقلب البيع جائزاً بابطال الخيار ولو بعد الثلاثة ، تدبر .

﴿ لكل من البايع والمشتري او لأحدهما دون الآخر ﴾

ولو كان وصياً او وكيلاً او شريكاً او مضارباً فإنه يصح شرط الخيار لهم ولمن عاقدهم كما في الهندية . قال في البحر : ولو امره ببيع مطلق فعقد بخيار له او للآمر او لأجنبي صحاه . ولو امره ببيع بخيار للآمر فشرطه لنفسه لا يجوز . ولو امره بشراء بخيار للآمر فاشتراه بدون الخيار ، نفذ الشراء عليه دون الآمر ، للمخالفة . بخلاف ما اذا امره ببيع بخيار فباع باتاً حيث يبطل اصلاً اه (طحطاوي) والفرق بين الفرعين الاخيرين كما في الدر المختار ان الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور ، بخلاف البيع اه وكما يصح شرط الخيار للعاقدين او لاحدهما يصح ايضاً لاجنبي كما لو اشترى بشرط الخيار لفلان صح وثبت الخيار له ولفلان ، فإن اجاز احدهما او نقض صح ان وافقه الاخر . وان اجاز احدهما ونقض الآخر فالاسبق اولى . ولو كانا معاً فالفسخ احق على الاصح . لان المجاز يفسخ والمفسوخ لا يجاز (افاده في الدراي) فصار الفسخ اقوى لكونه لا ينقض بالاجازة ، فلذا كان احق . وقوله « ولو كانا معاً » بأن خرج الكلامان معاً كما في السراج ، وهذا قد يتعسر . والظاهر انه يكفي عدم العلم بالسابق منهما (رد المختار عن النهر)

ولو اشترياه شيئاً على انهما بالخيار فرضي احدهما بالبيع صريحاً او دلالة لا يرده الآخر بل بطل خياره ، خلافاً لهما ، كما يلزم البيع لو اشترى رجل عبداً من رجلين صفقة واحدة على ان الخيار للبايعين ، فرضي احدهما دون الآخر ولو رد احدهما في المسئلتين لا يجيزه الآخر فليس لاحدهما الانفراد اجازة او رداً خلافاً لهما ، كذا في الدر المختار ، واستظهر في رد المحتار ان عدم جواز الاجازة بعد الرد في المسئلتين بحث من صاحب الدر او من صاحب البحر ، فليراجع ،

المادة ٣٠١ - ﴿ كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيراً بفسخ البيع في المدة المعينة للخيار ﴾

وليس مخيراً باجازته ، فان العقد يتم بمضي المدة المعينة وان لم تصدر منه اجازة ، ولذا قال في الهندية : هو ، اي خيار الشرط ، موضوع للفسخ لا للاجازة عندنا ، فاذا فات الفسخ بمضي وقته تم العقد اه فافهم ،

ويستثنى من هذه المادة ما اذا جعل احد العاقدين الخيار لأجنبي ثم اجاز العاقد البيع فانه لا يكون من شرط له الخيار مخيراً بفسخ البيع بعد ذلك كما قدمناه في شرح المادة السابقة عن الدر ، فارجع اليه ،

وقد يجبر المشروط له الخيار على الفسخ كما اذا باع الوصي غلاماً لليتيم قيمته الف بألف على ان له الخيار فازدادت القيمة في المدة وصارت الفين ، قال محمد لا يجوز للوصي تنفيذ البيع اجماعاً ، كذا في اداب الاوصياء عن المحيط ومثله في وكالة كتاب الخلاصة ، وسيأتي ما يناسب هذا آخر الفروع المذكورة في شرح المادة ٣٣٥

وفي الهندية : واذا باع الاب او الوصي شيئاً من مال الصغير وشرط الخيار لنفسه فهو جائز ، فان بلغ الصبي في مدة الخيار تم البيع و بطل الخيار في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية الخيار الى الصبي فان اجاز البيع في مدة الخيار جاز وان رد بطل اه

وفيها ايضاً : لو اشترى الاب او الوصي شيئاً للصبي بدين في الذمة وشرط الخيار ثم بلغ الصبي فأجاز الاب او الوصي ، جاز العقد عليهما ، والصبي بالخيار: ان شاء فسخ وان شاء اجاز فإن اجاز يتم البيع في حقه ، وان فسخ زال حقه فيصح الشراء في حق الأب والوصي لوجود الاجازة منهما ، فإن لم يجز الصبي شيئاً حتى مات الوصي بعد ما رضي بالبيع او قبل ذلك فاليتيم على خياره فان لم يمت الوصي ومات العبد في يده في وقت الخيار او بعد مضيه او مات اليتيم في وقت الخيار قبل رضى الوصي او بعده ، فالشراء لازم للمشتري اه

المادة ٣٠٢ = ❋ فسخ البيع واجازته في مدة الخيار كما يكون بالقول يكون بالفعل ايضاً ❋

ثم ان الاجازة ممن له الخيار بايعاً كان او مشترياً او كلاهما او اجنبياً ، لا يشترط لصحتها علم العاقد الآخر سواء كانت بالقول او بالفعل . واما الفسخ فإن كان بالفعل كبيع البايع المبيع او عتقه، والخيار له ، او تصرف المشتري بالثمن وهو عين، والخيار له ، فكذلك. وان كان بالقول فلا ينفسخ البيع الا بعلم صاحبه في مدة الخيار . فلو لم يعلم حتى مضت المدة ، لزم العقد . وكذا اذا اجاز البايع بعد فسخه قبل ان يعلم المشتري ، جاز وبطل فسخه — خلافاً لأبي يوسف فإنه ينفسخ عنده وان لم يعلم صاحبه ، وهو قول الثلاثة ، لأنه قد يتضرر بغيبة صاحبه الى مضي مدة الخيار ، فيلزم البيع .

والحيلة على قولهما ان يأخذ من له الخيار وكيلاً من العاقد الآخر حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه اه ملخصاً من الدر والبحر والعيني على الكنز .. في الهدية عن الذخيرة : قال سئلت محمداً عن رجل باع داراً على انه بالخيار ثلاثة ايام فتوارى المشتري في بيته اراد ان يمضي له الثلاث فيجب له البيع ، هل يؤخذ في هذا بالأعذار ، قال نعم ابعث اليه من يعذره فإن ظهر والا ابطلت خياره الا ان يجيء في الثلاث . قلت : فأن لم يأت الخصم في الأيام حتى كان آخر

الثلاث اتاك في وقت لا تستطيع ان تبعث اليه من قبلك الاعذار :
تبطل الخيار عليه ، قال لا افعل ذلك . قلت : فإن قال الخصم اني اعذرت اليه واشهدت فاختفى مني فأشهد لي بذلك ، قال اقول اشهدوا ان هذا قد زعم انه قد اعذر الى صاحبه في الايام الثلاثة كأن يأتيه كل يوم فيعذر اليه فيختفي منه فأن كان الأمر كما قال فقد ابطلت عليه الخيار ، واذا ظهر بعد ذلك وانكر ، سئلت المدعي البينة على الخيار واعذاره كما كان ادعى اه

وفيها عن الخانية : اشترى شيئاً على انه بالخيار ثلاثة ايام فجاء المشتري في الايام الثلاثة الى باب البايع ليرد المبيع فاختفى البايع منه فطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصماً عن البايع ليرده عليه ، اختلفوا فيه : قال بعضهم : ينصب خصماً نظراً للمشتري . وقال محمد بن سلمة : لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصماً لأن المشتري لما اشترى ولم يأخذ منه وكيلاً مع احتمال الغيبة فقد ترك النظر لنفسه ، فلا ينظر له . فإن لم ينصب القاضي خصماً وطلب المشتري الاعذار من القاضي عن محمد ، فيه روايتان : في رواية يجيبه القاضي الى ذلك فيبعث منادياً ينادي على باب البايع ان القاضي يقول ان خصمك فلاناً يريد ان يرد عليك البيع فإن حضرت والا نقضت البيع فلا ينقض القاضي البيع بلا اعذار . وفي رواية لا يجيبه القاضي الى الاعذار ايضاً . فقيل لمحمد كيف يصنع المشتري ؟ قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فيأخذ منه وكيلاً اذا خاف الغيبة ، حتى اذا غاب البايع يرد على الوكيل

المادة ٣٠٣ = ❋ الأجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضى فلزوم البيع كاجزت ورضيت ❋

وكذا اسقطت خياري ونحو ذلك (فتح) ولو قال هويت اخذه او احببت او اعجبني او وافقني لا يبطل الخيار كما في البحر لان هذه الالفاظ لا تدل على الرضى بلزوم البيع .

❊ والفسخ القولي هو كل لفظ يدل على عدم الرضى كفسخت وتركت ❊

اي فسخت البيع في كل المبيع او تركته واما لو فسخ في بعضه ففي التتارخانية : رجل باع عبدين من رجل على ان البائع فيهما بالخيار ، ثم ان البائع نقض البيع في احدهما بعينه ، او بغير عينه ، فنقضه باطل ، وفي الذخيرة : وكأنه لم يتكلم بشيء ولا يكون نقض بعض المبيع نقضاً لجميعه ولا لشيء منه وله ان يجيز البيع في كله بعد ذلك . وكذلك لو باع عبداً واحداً على انه بالخيار فيه ، ثم قال قد نقضت البيع في نصفه ، كان ذلك باطلاً وصار كأنه لم يتكلم بشيء وله ان يجيز البيع في الكل بعد ذلك اه والظاهر ان الحكم كذلك لو قال رضيت في نصفه ونحوه فتكون الاجازة باطلة وصار كأنه لم يتكلم بشيء ولم اره فليراجع .

المادة ٣٠٤ – ❊ الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضى ❊

هذه عبارة متن الملتقى : وهو اي الفعل الذي يدل على الرضى كل تصرف لا ينفذ او لا يحل الا في الملك كما في الدر المختار والهندية والتتارخانية ، كما اذا كان الخيار للمشتري فباع المبيع او وهبه وسلم او رهن او آجر وان لم يسلم على الاصح او حجم العبد او سقاه دواء او حلق رأسه او سقى زرع الارض او حصده او عرض المبيع للبيع او اسكن احداً في الدار ولو بلا اجر او رم منها شيئاً او بنى بناء او طينه او هدمه او حلب البقرة او شق اوداج الدابة او بزغها ، لا لو قص حوافرها او اخذ عرفها او استخدام الخادم مرة اولبس الثوب مرة او ركب الدابة مرة او امر الأمة بارضاع ولده لأنه استخدام . والاستخدام ثانياً اجازة كذا في البحر .

وفي الهندية عن الذخيرة والأصل فيه ان كان كل فعل باشره المشتري فيما اشتراه بشرط الخيار له لا يحتاج اليه للامتحان او يحتاج للامتحان الا انه لا يحل في غير الملك بحال، فإنه يكون دليل الاختيار فلو كان المبيع دابة فركبها المشتري، والخيار له لينظر الى سيرها او قوتها، او كان ثوباً فلبسه لينظر الى مقداره او كانت امة فاستخدمها لينظر ذلك منها، فهو باق على خياره فإذا زاد في الركوب على ما يعرف به فهو رضا وسقط خياره . فإن ركبها لحاجته فهو رضا وان ركبها ليسقيها او ليشتري لها علفاً او ليردها على بايعها ففي الاستحسان لا يكون اجازة وهو باق على خياره . وقيل هذا اذا لم يمكنه الرد والسقي والعلف الا بالركوب ولان امكن بغير الركوب يبطل ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة اخرى، ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بأن ركبها اولاً ليعرف انها هملاج ثم ركبها ثانياً ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره . ولو كان المبيع رحى فطحن فيها المشتري ليعرف مقدار الطحن لا تسقط خياره وان زاد على ذلك يسقط وما زاد على يوم وليلة كثير وما دونه قليل لا يبطل الخيار .

ولو اشتري ارضاً مع حرثه فسقى الحرث او فصل منه شيئاً او حصده او عرض المبيع للمبيع لا لو عرضه ليقوم ولو كان في الارض نخل فصرم النخل او لقح بطل خياره ولو زرع الارض او حرثها فهو رضا ولو سقي من نهر الارض دوابه او شرب هو لا يسقط خياره، لأنه مباح ولو سقى من نهرها ارضاً اخرى فهو رضا بخلاف ما اذا سقى منه اجنبي بغير علمه ولو رعت ماشية المشتري الكلاء يسقط خياره بخلاف ماشية الناس ولو اشترى داراً وهو ساكن فيها على انه بالخيار فدام على السكنى لا يبطل خياره ولو نسخ من الكتاب لنفسه او لغيره لا يبطل . وان قلب الاوراق للدرس منه يبطل . قالوا ولو قيل بالانتساخ يبطل الخيار وبالدرس لا يبطل خياره فله وجه، ولا يجوز الاخذ به كذا في فتاوي قاضيخان وهو المأخوذ به كذا في جواهر الاخلاطي واذا بيعت الدار بجنب الدار المشتراة بشرط الخيار للمشتري فاخذها المشتري بالشفعة، فقد سقط خياره والاخذ ليس بقيد لانه يتم بمجرد الطلب سواء كان معه اخذ او لا اه ملخصاً .

لكن ما ذكره من انه لا يبطل خياره فيما اذا دام على السكنى في الدار التي

اشتراها بالخيار انما يتمشى على قول الإمام الاعظم من ان المبيع لا يدخل في ملك من اشترى بالخيار لأن دوامه على السكنى يبقى على طريق الاجارة والإعارة السابقة ، واما على قول الإمامين الذي اختارته المجلة من ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار كما يأتي في الماده (٣٠٩) فيبطل خياره لأن دوامه على السكنى ينبئ عن اختياره البيع كما لو ابتدء السكنى فيها ، كما سيأتي في شرح المادة المذكورة ، فليتنبه .

واما الاجازة الفعلية من البايع فيما اذا كان الخيار له ، فكما لو باع عبداً بثمن في الذمة على انه بالخيار ثلاثة ايام ، ثم وهب الثمن للمشتري في مدة الخيار ، او ابرأه عن الثمن ، او اشترى من المشتري شيئا بذلك الثمن ، يصح شراؤه وابراؤه وهبته ويبطل خياره ، لأن الثمن في الذمة بمنزلة العروض (خانية) . وكذا لو ساومه البايع بالثمن الذي في ذمته شيئا . وكذا لو اشترى من غير المشتري شيئا بذلك الثمن ، بطل خياره ولا يجوز شراؤه . ولو كان الثمن دينا فأوفاه المشتري فقبضه البايع وتصرف فيه لا يبطل خياره . وكذا لو دفع المبيع للمشتري ولو كان الخيار للمشتري فأبرأه البايع عن الثمن لا يصح ابراؤه في قول ابي يوسف . وقال محمد اذا تم البيع بينهما بمضي مدة الخيار او باسقاط الخيار في المدة ينفذ ابراء البايع اه . من الخانية والهندية .

وفيها : والحاصل في هذه المسائل ان الثمن اذا كان شيئا يتعين بالتعيين فاذا قبض البايع الثمن وتصرف فيه من بيع او هبة فذلك امضاء للبيع . وان كان الثمن شيئا لا يتعين بالتعيين كالدراهم ، فتصرف فيه بعد ما قبض مع المشتري او مع غيره فذلك ليس بامضاء للبيع . وان تصرف فيه قبل القبض مع المشتري بأن اشترى منه بالثمن ثوبا او صارفه من الثمن وهو الف درهم على ماية دينار فذلك اختياره للبيع اه .

✻ والفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضى . مثلاً لو كان المشتري مخيراً فتصرف في المبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع او يرهنه او يوجره كان اجازة فعليه يلزم بها البيع واذا كان البايع مميزاً

فتصرف في المبيع على هذا الوجه كان فسخاً فعلياً للبيع

الفسخ الفعلي اذا كان الخيار للبايع ان يتصرف البايع في مدة الخيار في المبيع تصرف الملاك كما في الهندية . ومثله في البحر وغيره . وذلك كالتصرفات التي اوردناها في شرح الفقرة السابقة . وهل منها طلب الشفعة كما اذا طلب الشفعة بسبب الدار التي باعها بالخيار له ؟ الظاهر نعم ويكون طلبها فسخاً كما يكون اجازةً من المشتري لو كان الخيار له ، لأن طلبه الشفعة التي وجبت لدفع ضرر الدخيل وهو المشتري بسبب سوء المعاملة والمعاشرة ، دليل على انه اراد ان يبقى المبيع على ملكه وهذا دليل الفسخ .

واما ما استظهره العلامة بن عابدين في رد المحتار من ان طلب الشفعة من البايع اذا كان الخيار له لا يكون فسخاً ، فغير مسلم ، لما قدمنا عن الهندية والبحر من ان تصرّف البايع في مدة الخيار في المبيع تصرّف الملاك ، يكون فسخاً اذا كان الخيار له ، ولا شك ان طلب الشفعة لا يكون الا للملاك . وتعليله لذلك بأن ملك البايع باقٍ بخياره بخلاف المشتري لأنه لا ملك له مع خياره فطلبه الشفعة دليل التملك ، وقد عللوا المسئلة بأنه اي طلب الشفعة لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة اه ، عليل وفيه نظر لا يميل . لان ملك البايع باقٍ مع جميع التصرفات المارة مع انهم جعلوها فسخاً منه وكما ان طلب الشفعة من المشتري اذا كان الخيار له يكون دليل التملك فكان دليل الاجازة ، كذلك طلبها من البايع اذا كان الخيار له يكون دليل دوام الملك و بقائه ، فكان دليل الفسخ على ان قوله : « بخلاف المشتري لأنه لا ملك له مع خياره الخ » انما يتمشى على قول الأمام الاعظم القائل بعدم دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار . واما على قولهما فإن المبيع قد دخل في ملك المشتري بالخيار فلو كان الأمر كما زعم هذا الفاضل للزم ان يكون طلب الشفعة من المشتري اجازةً على قولهما مع انهما قالا بأن طلبها اجازة ، وما ذاك الا لكون طلبها دليل استدامة الملك فيقال مثله فيما اذا كان الخيار للبايع . ثم بعد مدة رأيت في الفتح ما هو كالصريح فيما قلته ولله الحمد ، فليراجع . والغريب ان الشارح سليم باز استثنى من تلك التصرفات طلب الشفعة من البايع ناقلاً

ذلك عن رد المحتار، ولم يصرح بأنه بحث من صاحبه مع انه بحث منه بلا اشتباه.
واما الفسخ الفعلي من المشتري اذا كان الخيار له ان يكون الثمن عيناً فتصرف فيه المشتري تصرف الملاك، صرح به الاكمل في العناية وغيره من المشايخ (رد المحتار عن المنح).

المادة ٣٠٥ = اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ او لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم

وكذا يتم البيع بلا اجازة بموت من له الخيار بايعاً كان او مشترياً لأن موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له فإن امضى العقد مضى، وان فسخه انفسخ، كما في الفتح (بحر) وفي جامع الفصولين: لو الخيار لهما فمات احدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره. وفيه ايضاً: وكيل البيع او الوصي باع بخيار لغيره فمات الوكيل او الوصي او الموكل او الصبي او من باع بنفسه او من شرط له الخيار، قال محمد يتم البيع في كل ذلك لأن لكل منهم حقاً في الخيار اه وتمامه في النهر. كذا في رد المحتار. وكذا يتم البيع اذا هلك المبيع في يد المشتري وكان الخيار له فإنه يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن.

واما اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع سواء كان الخيار للبايع او للمشتري او لهما جميعاً وان هلك بعد القبض والخيار للبايع كذلك يبطل البيع لأن المبيع صار بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة ويلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل. كذا في التتارخانية.

وكذا يتم البيع بلا اجازة اذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن او انجلاء بياض العين والجمال. او غير متولدة، كالصبغ والخياطة والبناء والغرس في الأرض. وكذا اذا زاد زيادة منفصلة متولدة كالولد واللبن والصوف.

واما اذا زاد زيادة منفصلة غير متولدة كالغلة والكسب، فالخيار يكون باقياً

اتفاقاً . فاذا اختار المشتري البيع فالزيادة له مع الأصل اجماعاً وان اختار الفسخ يرد الأصل مع الزيادة عند ابي حنيفة ، وعندهما يرد الأصل لا غير ، والزوايد للمشتري . وكذا يتم البيع ويبطل الخيار و بتعيب المبيع عيباً لا يرتفع كقطع يده اذا كان الخيار للمشتري ، سواء كان بفعل البايع او بغير فعله وهذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف ، وعليه اقتصر في متن الدرر . وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض ، فالمشتري على خياره ان شاء فسخ وان شاء اجاز وليس له ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في مدة الخيار . فإن مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع . ولو مرض العبد والخيار للمشتري فاتى البايع وقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البايع ولم يقبضه ، فإن مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري . وان صح فيها فلم يرده حتى مضت المدة كان له ان يرده على البايع بذلك الرد الذي كان منه ، كذا في الهندية .

هذا اذا كان الخيار للمشتري . فإن كان للبايع فلو تعيب المبيع في يده فإن كان بآفة سماوية او بفعل المبيع ، لا يبطل البيع ، وهو على خياره : ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه . فإن اجازه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ المبيع بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض . وان كان بفعل البايع بطل البيع . وان كان بفعل اجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالأرش وان شاء اجاز البيع واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالأرش .

وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع ، والبايع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجاز واتبعه بالثمن . وكذلك اذا تعيب المبيع في يد المشتري بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية ، فالبايع على خياره ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخه فإن اجاز اخذ من المشتري جميع الثمن غير انه اذا كان التعيب بفعل اجنبي فللمشتري ان يتبع الجاني بالأرش وان فسخ فإن كان التعيب بفعل المشتري او بآفة سماوية فالبايع يأخذ الباقي وارش الجناية من المشتري ، وان كان التعيب بفعل اجنبي فالبايع بالخيار ان شاء اتبع الجاني بالارش وان شاء اتبع المشتري وهو يرجع بما ضمن على الأجنبي ، كذا في الهندية اه . ملخصاً من الهندية ورد المحتار .

واما لو اغمي على من له الخيار او جنّ او سكر من الخمر والبنج ، قبل يبطل خياره حتى لو افاق في المدة ليس له ان يتصرف بحكم الخيار . والصحيح ان الاغماء والجنون والسكر من الخمر او البنج لا يكون مسقطاً للخيار وانما المسقط مضي المدة بدون اختيار ، فلو افاق في المدة بقي على خياره ، والا تم البيع كما لو بقي نائماً حتى مضت المدة . افاده في الهندية والتتارخانية .

المادة ٣٠٦ = ❋ خيار الشرط لا يورث فاذا كان الخيار للبايع ومات في مدته ملك المشتري المبيع . واذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار ❋

ولو الخيار لهما فمات احدهما ، فقد قدمنا آنفاً عن جامع الفصولين انه يلزم من جهته ، والآخر على خياره . ومعنى كون خيار الشرط لا يورث ان العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته (كذا في الدرر) يعني كونه لا يورث انه لا يخلفه الوارث فيه كما يخلفه في خيار العيب والتعيين وفوات الوصف المرغوب فيه ، كما سيأتي ، وانما كان لا يخلفه الوارث فيه لأن خيار الشرط مجرد مشيئة وارادة . وذلك وصف لصاحب الخيار فلا يمكن انتقاله الى الوارث ، لا بطريق الارث ولا بطريق الخلافة . ومثله خيار الرؤية والتغرير (افاده في رد المحتار)

المادة ٣٠٧ = ❋ اذا شرط الخيار للبايع والمشتري معاً فايهما فسخ في المدة انفسخ البيع ❋

فليس للآخر الاجازة لان المفسوخ لا تلحقه الاجازة (در) ولا اعتبار للاجازة مع الفسخ ، سواء سبق الفسخ او الاجازة او كانا معاً كما في الدر ، الا اذا

قبل الأول اجازته . يدل عليه ما في جامع الفصولين: باعه بخيار ففسخه في المدة ، انفسخ . فإن قال بعده « اجزت» وقبل المشتري ، جاز استحساناً . ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البايع ، جاز و ينفسخ اه فيكون الأول بيعاً آخر والثاني اقالة ، كذا رد المحتار .

﴿ وايهما اجاز سقط خياره وبقي الخيار للآخر الى انتهاء المدة ﴾

فإن فسخ انفسخ البيع ، والا بأن اجاز او سكت الى ان مضت المدة ، تم البيع ولزم ، وهو ظاهر .

المادة ٣٠٨ — ﴿ اذا شرط الخيار للبايع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقي معدوداً من جملة امواله ﴾

لأن خيار الشرط يمنع ثبوت حكم العقد في حق من شرط له ، كما في الخانية وغيرها .

﴿ فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا يلزمه الثمن المسمى بل يلزمه اداء قيمته للبايع يوم قبضه ﴾

ان كان قيمياً ، ومثله ان كان مثلياً . لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون بقاء المحل ، فيبقى مقبوضاً بيده على سوم الشراء وفيه القيمة (كذا في الهداية) .

ولا فرق فيما اذا كان الخيار للبايع بين هلاكه في مدة الخيار مع بقائه ، اي الخيار ، او بعد ما فسخ البايع البيع ، كما في جامع الفصولين . واما اذا هلك في يده بعد المدة بلا فسخ فيها ، فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار . ولو ادعى هلاكه في يد المشتري ووجوب القيمة وادعي المشتري إباقه من يده فالقول له بيمينه ، لأن

الظاهر حيانه ، ويتم البيع . ولوادعي البابع الاباق والمشتري الموت ، فالقول للبايع بيمينه — كذا في السراج (رد المحتار عن البحر) . هذا اذا تلف في يد المشترى واما لو تلف في يد البايع فقد قدمنا في شرح المادة (٣٠٥) عن التتارخانية ان البيع ينفسخ سواء كان بفعله او بآفة سماوية او بفعل المبيع ، ولا شيء على المشتري . وقدمنا ايضاً هناك حكم ما اذا تعيب المبيع في يد المشتري او في يد البايع وكان الخيار لواحد منهما او لهما معاً موضحاً ، فليراجع .

وفي الهندية : لو كان الخيار للبايع فسلم المبيع للمشتري ، ثم ان المشتري اودعه البايع في مدة الخيار فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده ، يبطل البيع اه .

وفي الخانية والتتارخانية . : لو باع ارضاً على انه بالخيار وتقابضا ثم ان البايع نقض البيع فى مدة الخيار ، تبقى الأرض مضمونةً بالقيمة على المشتري ، وله ان يحبسها لاستيفاء الثمن الذي دفعه الى البايع فإن اذنه البايع بعد ذلك في زراعة الارض سنة فزرعها تصير الأرض امانة المشتري ، وللبايع ان يأخذها منه متى شاء قبل ان يؤدي ما عليه من الثمن ، ولا يكون للمشتري ان يحبسها لاستيفاء الثمن الذي كان على البايع لأن المشتري لما زرعها بأذن البايع صار كأنه سلمها الى البائع اه .

﴿ تنبيه ﴾

ما ذكرناه هنا عن الخانية وعن جامع الفصولين وعن الهداية كالصريح في ان المقبوض على سوم الشراء اذا هلك في يد المشتري بعد انتقاض جهة البيع بقول رجعت عنها قلت ، او بموت البايع ، يبقى مضموناً بالقيمة ، لا انه يصير امانةً في يد المشتري ، فلا ضمان كما زعم البعض ، كما حققناه في شرح المادة (٢٩٨) فتدبر .

المادة ٣٠٩ - ﴿ اذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البايع وصار ملكاً للمشتري ﴾

عند الصاحبين رحمها الله تعالى ، وبقولهما قالت الائمة الثلاثة ، لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا الى مالك ، ولا عهد لنا به في الشرع . وقال ابو حنيفة : يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، لانه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ، ولا اصل له في الشرع ، لان المعاوضة تقتضي المساواة (هداية) .

بقي ما اذا كان الخيار لهما معاً ، والحكم حينئذ انه لا يخرج المبيع عن ملك البايع ولا الثمن عن ملك المشتري فأن تصرف البايع المبيع ، جاز وكان فسخاً . وكذا تصرف المشتري في الثمن ان كان عيناً . وتصرف كل منهما فيما اشتراه ، يعني في بدل ملكه ، باطل وايهما هلك قبل التسليم بطل البيع ، فإن هلك بعده بطل ايضاً ولزم قيمته (رد المحتار عن النهر)

وثمرة الخلاف بين الامام وصاحبيه في مسئلة خيار المشتري تظهر في مسائل منها : اذا قبض المشتري المبيع بإذن البايع ثم اودعه عنده فهلك في يد البايع في المدة او بعدها فهو على البايع عند الإمام ، ولا شيء على المشتري ، لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك ، فلا يثبت الايداع . وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه ملكه فصار مودعاً ملك نفسه ، فهلاكه في يد المودع كهلاكه في يده (كذا في الدر المنتقى) .

ومنها : لو اشترى ذمي من ذمي خمراً على انه اي المشتري بالخيار ، ثم اسلم المشتري في مدة الخيار ، بطل الخيار عندهما ، لانه ملكها فلا يملك تملكها بالرد ، وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملك تملكها بأسقاط الخيار ، وهو مسلم (زيلعي)

وتمامه فيه .

ومنها : اذا فسخ المشتري بالخيار العقد ، فالزوائد ، اذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والغلة ، للبايع عند الإمام ، لأنها لم تحدث على ملك المشتري . وعندهما للمشتري ، لأنها حدثت على ملكه . واما الزوايد اذا كانت متصلة بنوعيها او منفصلة متولدة ، فلا يتأتى فيها الخلاف المذكور ، بل هي للمشتري قطعاً لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ولزمه البيع كما قدمناه في شرح المادة (٣٠٥) وحينئذ . فإطلاق الزوايد هنا ليس مما ينبغي (افاده في رد المحتار) فافهم .

ومنها : اذا اشترى داراً على انه بالخيار وهو ساكنها بإجارة او اعارة ، فاستدام سكناها ، قال خواهر زاده : استدامتها اختيار عندهما لملك العين ، وعنده ليس باختيار (فتح) اي لعدم ملك العين . واما لو ابتدأ السكنى بطل الخيار كما في البحر وغيره . ومنها : اذا اشترى مسلم من مسلم عصيراً فتخمر في المدة ، فسد البيع عند الأمام لعجزه عن تملكه باسقاط خياره ، و يتم البيع عندهما لعجزه عن رده بفسخه (رد المحتار عن الفتح) اي لكونه تخمر وهو في ملكه وحيث اختارت المجلة قولهما يكون ذلك اختياراً لجميع المسائل المترتبه عليه ، كما هو ظاهر .

﴿ فاذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه اداء ثمنه المسمى للبائع ﴾

لأن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فهلك وقد انبرم البيع فيلزمه الثمن . بخلاف ما اذا كان الخيار للبابع ، لأن تعيبه في هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل (نهر) واذا بطل العقد يضمن القيمة

والفرق بين الثمن والقيمه ان الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة او نقص . والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان (كذا في رد المحتار) وكذا يلزمه اداء ثمنه المسمى لو تعيب المبيع بعيب لا يرتفع ، كقطع اليد . وقد قدمنا احكام التعيب ومسايله في شرح المادة (٣٠٥)

فارجع اليها ٠

﴿ فروع ﴾

باع داراً على انه بالخيار ثلاثة ايام فصالحه المشتري على دراهم مسماة او على عرض بعينه على ان يسقط الخيار و يمضي البيع ، جاز ذلك ويكون زيادة في الثمن ٠ و كذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البايع على ان يسقط خياره فيحط عنه من الثمن او يزيده هذا العرض بعينه ، جاز (خانية) ٠

وفيها : ولو كان الخيار للبايع او للمشتري فقال من له الخيار ان لم افعل كذا اليوم فقد ابطلت خياري ، كان ذلك باطلاً ولا يبطل خياره ٠ و كذا لو قال في خيار العيب ٠ ان لم ارده اليوم فقد ابطلت خياري ، ولم يردّه اليوم ، لا يبطل خياره اه ٠

وفيها : رجلٌ باع شيئاً على انه بالخيار ثلاثة ايام وسلمه الى المشتري ثم غصبه من المشتري ، لم يكن ذلك فسخاً للبيع ، ولا ابطالاً للخيار ٠

رجلٌ باع عبداً على انه بالخيار ثلاثة ايام على ان يستغله من الغلة ويستخدمه ، جاز ٠ وان فعل ذلك لا يبطل خياره ٠

ولو باع كرماً على انه بالخيار ثلاثة ايام على ان يأكل من ثمره ، لا يجوز البيع ، لأن الغلة والمنفعة لا يقابلها الثمن ، فلم يكن متلفاً جزءاً من المبيع ، بخلاف الثمر اه　واذا اشترى شيئاً وقبضه ووكل رجلاً على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فالوكيل يفسخ البيع ، فالعقد جائز والشرط يصح ٠ حتى لو لم ينقد الثمن كان للوكيل ان يفسخ العقد (تتارخانية) ٠

وفيها : ولو قال المشتري على اني بالخيار بالثمن او في المبيع ، فهو كقوله على اني بالخيار اه ٠

وفيها : ولو كان الخيار للمشتري و بالثمن كفيل ففسخ المشتري البيع فطالبه البايع برد المبيع فلم يردّه ، فللبايع ان يطالب الكفيل بالثمن حتى يأتي المشتري بالمبيع اه ٠

وفي الهندية : اشترى شيئاً يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام ،

في القياس لا يجبر المشتري على شيء ، وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع او يفسد المبيع عندك ، دفعاً للضرر من الجانبين اه ·

وفيها : اذا اختلفا فيه اي في خيار الشرط فالقول قول الذي ينفيه · وان اختلفا في مقداره فالقول قول المقر بأقصر الوقتين · وان اختلفا في مضيه فالقول قول الذي ينكر مضيه ، وان كان الخيار لأحدهما واختلفا في الاجازة والنقض في المدة ، فالقول لمن له الخيار · سواء ادعى الفسخ او الاجازة ، والبينة بينة الآخر · وان اختلفا بعد مضي المدة فالقول لمدعي الاجازة ، ايهما كان ، والبينة لمدعي النقض · واما اذا كان الخيار لهما واختلفا في النقض والاجازة في المدة ، فالقول لمدعي النقض والبينة للآخر · وان اختلفا بعد مضي المدة فالقول لمدعي الاجازة ، والبينة لمدعي النقض · هذا كله اذا لم يكن لبينتهما تاريخ · ولو ارخت البينتان تقبل بينة اسبقهما تاريخاً ، ايهما كان ، على الفسخ او الاجازة اه ·

وفيها : ولو اشترى ثوبين او عبدين او دابتين على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام ، او على ان البائع بالخيار في احدهما ثلاثة ايام ، فهذه المسئلة على اربعة اوجه : في ثلاثة منها يفسد البيع فيهما جميعاً ، وفي الواحد جاز فيهما جميعاً اما الوجوه الثلاثة فأحدها : اذا لم يعين الذي فيه الخيار ولم يبين ثمن كل منهما على حدة · والثاني : اذا عين الذي فيه الخيار ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن · والثالث : اذا بين حصتهما من الثمن ولم يعين الذي فيه الخيار ، والرابع : اذا عين الذي فيه الخيار وبين حصتهما من الثمن · فإن البيع جائز في احدهما باتاً وفي الآخر الخيار · فإن اجاز البيع من له الخيار او مات او مضت مدة الخيار من غير فسخ تم البيع منهما ولزم المشتري ثمنهما وليس للآخر فسخ البيع في احدهما ولا في كليهما حتى ينقد ثمنهما اه وتمام ذلك فيها ·

ج - ٢

- الفصل الثاني -

﴿ في بيان خيار الوصف ﴾

قال في البحر : واعلم ان اشتراط الوصف المرغوب فيه اما ان يكون صريحاً او دلالة، لما في البدايع في خيار العيب : والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة ، الا ان يكون ذلك شرطاً في العقد . وان لم يكن مشروطاً وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البايع ثم نسيت في يده فاشتراها ، لم ردها ، لأن الظاهر انه انما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصاً اه . والظاهر ان هذا اذا كان المشتري عالماً بتلك الصفة لكن يشكل على هذا ما في الحاوي الزاهدي : لو قال اشتري منك هذه البقرة على انها ذات لبن ، وقال البايع انا ابيعها كذلك ، ثم باشر العقد مرسلاً من غير شرط ، ثم وجدها بخلاف ذلك ، ليس له الرد اه فإن هذا صريح في انه لا بد من ذكر الشرط في صلب العقد ولا تكفي الدلالة . ولعله قول آخر، تأمل (كذا في رد المحتار) اقول : يمكن التفريق بين المسئلتين بأنه لما لم يلتحق اشتراط الصفة بأصل العقد في مسئلة الحاوي لم يبق الا اخبار البايع بأن البقرة حلوب وهو خبر يحتمل الصدق والكذب يذكره البايع ترويجاً لسلعته ، فلا يقوم مقام علم المشتري بوجود تلك الصفة في المبيع قبل العقد مع اعتراف كل من البايع والمشتري بذلك بعده — وبأنه زال عند البايع كما هو موضوع مسئلة البدايع ، فلم تكن الصفة مشروطة دلالة في مسئلة الحاوي ، بخلافها في مسئلة البدايع ، تأمل . وسيأتي في شرح المادة التالية لهذه عن المحيط ما هو صريح بان انعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا صفة للمبيع لا يوجب الخيار ، وان اخبر البايع عن وجوده .

المادة ٣٠٠ = ✻ اذا باع مالاً بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا الخيار خيار الوصف. مثلاً: لو باع بقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً . وكذا لو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر يخير المشتري ✻

قال في الفتح القدير: واعلم انه اذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار .وتارة يستمر صحيحاً لا خيار للمشتري ، وهو ما اذا وجده خيراً مما شرط. وضابطه : ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار ، والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسيان ، وفي سائر الحيوانات جنس واحد . والضابط في اختلاف الجنس وعدمه بفحش التفاوت في الاغراض والمقاصد، وعدمه. فاذا اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً ، او هندي فوجده مروياً ، او كتان فوجده قطناً ، او ابيض فوجده مصبوغاً ، او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران ، او داراً على ان بناءها آجر فإذا هو لبن ، او على ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا فيها بناء او نخل ، او ارضاً على ان جميعها اشجار مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة، او على انه عبدٌ فإذا هو جارية ، او فصاً على انه ياقوت فإذا هو زجاج، فهو فاسد في جميع ذلك . ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد ، او غلاماً على انه تاجر او كاتب فإذا هو لا يحسنه ، او على انه فحل فإذا هو خصي او عكسه ، او انها بغلة فإذا هي بغل ، او ناقة فكان جملاً ، او لحم معز فكان لحم ضان ، وعلى عكسه ونحو ذلك، فله الخيار :

فلو اشترى على انه بغل فوجده بغلة ، او حمار او بعير فإذا هو اتان ، او ناقة او جارية على انها رتقاء او حبلى او ثيب فإذا هي بخلافه ، جاز ، ولا خيار له ، لأنه صفة افضل من المشروطة . وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل ، اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل اهـ. وهذا في وصف يجوز اشتراطه في البيع ، واما ما لا يجوز اشتراطه فإنه يفسد العقد. قال في الدر المختار: والضابط للأوصاف ان كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز ، لا ما فيه غرر ، الا ان لا يرغب فيه اهـ — اي لأن اشتراطه يكون بمعنى البراءة من وجوده كما في حبل الأمة ، كذا في رد المحتار. والمراد بالوصف الذي لا غرر فيه ان يكون بحيث يمكن معرفته والوقوف على وجوده ككونه كاتباً او خبازاً او حلوياً ، فإنه يمكن ان يأمره البايع بالكتابة ، او الخبز او بحلب الشاة بيده فتظهر الصفة . وبعكسه الوصف الذي فيه غرر ، وهو ما لا سبيل الى معرفته ، كما في العيني على الهداية ، كما لو اشترى بقرة على انها حامل او انها تحلب كذا رطلاً من الحليب . ومن الأول يعني الذي لا غرر فيه كما في الفتاوى الحامدية ما اذا اشترى فرساً على انها معنقية الجنس ثم ظهر انها من جنس آخر ، او انها من نسل خيل فلان لفرس مشهورة ثم تبين غير ذلك ، كان المشتري مخيراً في الصورتين . واستفيد من كلام الفتح المار انه عند اختلاف الجنس لا يعتبر كونه خيراً مما شرطه كالمصبوغ بزعفران . ولذا ذكر من امثلة الفاسد : لو اشترى داراً على ان لا بناء فيها ولا نخل فإذا فيها بناء او نخل ، او على انه عبد فإذا هو جارية . لكن يشكل مسئلة الشجرة التي لا تثمر فإنه لا يظهر اختلاف الجنس فيها ، كما في رد المحتار. قال : فالظاهر ما في البزازية : باع ارضاً على ان فيها كذا شجراً مثمراً بثمرها فوجد فيها نخلة لا تثمر ، فسد ، لأن الثمرة لها قسط من الثمن بالذكر وسقط حصة المعدوم ، ولا يعلم كم الباقي من الثمن ، فأشبه شراء شاة مذبوحة فاذا تخذها مقطوعة اهـ تأمل اهـ اقول : الظاهر ان المراد من عبارة الفتح كون الشجر مقصوداً بأن اشترى ارضاً واشجارها وشرط كون الاشجار مثمرة كلها ، والمراد بالمثمر ما كان جنسه مثمراً كالجوز ونحوه ، وبغير المثمر ما كان جنسه غير مثمر كالحور والصفصاف ، ولا شك ان المثمر وغير المثمر بالمعنى

المذكور جنسان مختلفان لاختلاف الاغراض والمقاصد منهما ، فيفسد البيع . يرشد الى ما ذكرنا قوله « على انها جميعها اشجار مثمرة » فإن ضمير جميعها راجعٌ للأشجار المقدرة المبيعة قصداً مع الارض، لا للأرض لفساد الحمل والتركيب كما لا يخفى — والا لو كانت الاشجار غير مقصودة بالبيع وانما هي داخلة تبعاً للأرض ، لو ظهرت كلها غير مثمرة او ظهر ان لا شجر فيها اصلاً ، لا يفسد البيع ، بل يصح وللمشتري الخيار بفوات الوصف المرغوب . ومثل هذا اظهر من ان يخفى على مثل صاحب الفتح ، فتدبر وفي الدر المختار : باع داره بما فيها من الجذوع والابواب والخشب والنخل فاذا ليس فيها شيء من ذلك ، لا خيار للمشتري اه . قال في رد المحتار : ونقل بعض المحشين عن المحيط ان وجه عدم الخيار انه لم يشترط هذه الاشياء في البيع ولم يجعلها صفة للمبيع ، بل اخبر عن وجودها . وانعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا صفة للمبيع لا يوجب الخيار . اما قوله « باجذاعها وابوابها » فله الخيار ، لأنه جعلها صفة للدار ، فالبيع يتناول الموصوف بصفته ، فإذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اه .

وافاد انه لو ذكر على وجه الشرط يثبت له الخيار ايضاً كما في جامع الفصولين: باع ارضاً على ان فيه نخلاً او داراً على ان فيه بيوتاً ، ولم يكن ، فإنه يجوز العقد ويخير المشتري أخذه بكل الثمن او تركه . والأصل فيه ان ما يدخل في العقد بلا شرط اذا شُرط وعُدم فإن العقد يجوز ، وما لا يدخل بلا شرط ولم يوجد لم يجز اه .

وفي العيني عن الهداية : ولو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن فيقوّم العبد كاتباً وغير كاتب وينظر الى تفاوت ما بين ذلك . فإن بمقدار العشر مثلاً رجع بعشر الثمن اه ومثله في البحر وغيره . وقال الطحطاوي في حاشيته على الدر : يعني يعتبر التفاوت من الثمن ، فإن هذا البيع صحيح لا نظر فيه الى القيمة اه

المادة ٣١١ — ﴿ خيار الوصف يورث . مثلاً لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان للوارث حق الفسخ ﴾

لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابله جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطاً ، ولهذا اذا امتنع الرد بسبب ما ، يسقط ما يقابله ، فكان كخيار العيب . وحيث استحق المورث المبيع موصوفاً بذلك الوصف فالوارث يخلفه كذلك . (افاده في رد المحتار) وانظر ما لوظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف المشروط في حياة المورث ولم يوجد منه ما يدل على الرضى او الفسخ حتى مات ، هل يخلفه الوارث في ذلك الخيار — الظاهر نعم ، وليراجع .

المادة ٣١٢ — ﴿ المشتري الذي له خيار الوصف اذا تصرف بالمبيع تصرّف الملاك بطل خياره ﴾

وامتنع الرد ولزمه جميع الثمن ، كما ينبيء عن ذلك قولهم « يخير بين الفسخ وبين اخذه بكل الثمن » فما قدمناه في شرح المادة (٣١٠) عن العيني وغيره من قوله « ولو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البايع بحصته من الثمن الخ » لا بد فيه من تقييد السبب بكونه ليس من التصرفات التي تنبيء عن رضى المشتري ، تأمل .

وفي البزازية ، في نوع فيما يمنع الرد وما لا يمنعه ، ما نصه : والأصل ان تعذر الرد متى كان بأمر من جهة المشتري يبطل حق الرجوع بالنقص . ومتى كان لا من جهة المشتري ، لا اه اي لا يبطل حق الرجوع بالنقص .

ج — ٢

- الفصل الثالث -

☼ في حق خيار النقد ☼

المادة ٣١٣ - ☼ اذا تبايعا على ان يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وان لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع وهذا يقال له خيار النقد ☼

قال في الهندية . اذا باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما ، فالبيع جائز ، وكذا الشرط . هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل وهذه المسئلة على وجوه : اما ان لم يبين الوقت اصلاً بأن قال : على انك ان لم تنقد الثمن فلا بيع بيننا ، او يبين وقتاً مجهولاً بأن قال : على انك ان لم تنقد الثمن اياماً ، وفي هذين الوجهين العقد فاسد . وان بين وقتاً معلوماً ان كان ذلك الوقت مقدراً بثلاثة ايام او دون ذلك ، فالعقد جائز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى . وان بين المدة اكثر من ثلاثة ايام ، قال ابو حنيفه رحمه الله تعالى : البيع فاسد . وقال محمد رحمه الله تعالى البيع جائز اه .

وفي البحر عن غاية البيان ان ابا يوسف مع الامام في قوله الأول . والذي رجع اليه انه مع محمد . وقد اختارت جمعية المجلة قول محمد رحمه الله تعالى مراعاة لمصلحة الناس في هذا الزمان ، كما صرحت بذلك في تقريرها المتقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الأعظم .

وكما يجوز هذا الشرط للمشتري كما هو منطوق هذه المادة يجوز ايضاً للبائع ، كما لو نقد المشتري الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلاثة ايام او اقل او

اكثر فلا بيع بينهما ، صح ايضا البيع والشرط ، كما في رد المحتار وغيره .

قال في الخانية : وهو بمعنى شرط الخيار للبائع فإن اعتقه البائع صح اعتاقه ، وان اعتقه المشتري ، لا يصح اه . قال في البحر : والعجب ان في مسئلة الكتاب وهي ما اذا كان خيار النقد للمشتري وهي المذكورة في متن هذه المادة المنتفع بهذا الشرط هو البائع ، مع انهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار التمكن من امضاء البيع بالنقد ومن فسخه بعدمه . وفي عكسه المنتفع بهذا الشرط هو المشتري ، مع انهم جعلوا الخيار للبائع ، باعتبار ان البائع متمكن من الفسخ ان رد الثمن في المدة ومن الامضاء ان لم يرده اه . لكن الذي يظهر ان المنتفع في المسئلتين هو البائع ، فليتدبر .

المادة ٣١٤ - * اذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسداً *

اي لا منفسخاً كما يقتضيه ظاهر هذا الشرط ، لقوله « فلا بيع بينهما » قال في الخانية : ولو مضت الثلاثة ولم ينقده ، اشار في المأذون الى انه ينفسخ البيع . والصحيح انه يفسد ولا ينفسخ ، حتى لو اعتقه المشتري بعد الايام الثلاثة ، نفذ ان كان في يده وعليه قيمته ، لا ان كان في يد البائع اه وهذا ، اي فساد البيع ، اذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة ، لو بقي المبيع على حاله . قال في النهر : ثم لو باعه المشتري ولم ينقد الثمن في الثلاث ، جاز البيع وكان عليه الثمن . وكذا لو قتلها في الثلاث او ماتت او قتلها اجنبي خطأ وغرم القيمة . ولو جنى عليها او حدث بها عيب لا بفعل احد ثم مضت الايام ولم ينقد ، خير البائع ان شاء اخذها مع النقصان ولا شيء له من الثمن ، وان شاء تركها واخذ الثمن . كذا في الخانية اه (رد المحتار)

وفي البحر عن المحيط : لو قطع المشتري يدها ومضت الثلاث ولم ينقد الثمن

خير البايع ، ان شاء سلمها له وان شاء اخذها ونصف الثمن اه وتمام الكلام فيه ، فليراجع .

المادة ٣٠٥ = ❋ اذا مات المشتري المخير بخيار النقد في اثناء مدة الخيار بطل البيع ❋

وليس لوارثه نقد الثمن ، كما في شرح البيري عن خزانة الاكمل . ذكره في رد المحتار . وانظر ما اذا مات البايع المخير في المسئلة الثانية ، وهي ما اذا نقد الثمن على ان البايع ان رد الثمن الى مدة كذا فلا بيع — والظاهر انه يمضي البيع على الصحة و يبطل الخيار لتحقق عدم رد الثمن بموته ، وهو الموجب لامضاء البيع . بخلافه في المسئلة الاولى ، فإن عدم اداء الثمن في المدة يوجب فسخ البيع ، وقد تحقق عدم الاداء بموته في اثنائها ، فيبطل البيع . هذا ما ظهر لي ، وليراجع .

❋ تتمة ❋

في الخانية وغيرها : ولو اشترى عبداً وقبضه ثم وكل المشتري وكيلا على انه ان لم ينقد الثمن الى خمسة عشر يوماً فأن الوكيل بفسخ العقد بينهما جاز البيع لان الشرط لم يكن في البيع ، فيجوز البيع ويصح الشرط . حتى لولم ينقد الثمن الى خمسة عشر يوماً كان للوكيل ان يفسخ اه .

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في بيان خيار التعيين ﴾

المادة ٣١٦ — ﴿ لو بين البايع اثمان شيئين او اشياء من القيميات كلاً على حدة على ان المشتري يأخذ ايًا شاء بالثمن الذي بينه له او البايع يعطي ايًا اراه كذلك صح البيع ، وهذا يقال له خيار التعيين ﴾

قوله : « او اشياء » يعني ثلاثة ، كما ستأتي الاشارة الى ذلك في متن المادة (٣١٩) والمراد ان يبيعه واحداً من اثنين او ثلاثة . فلو كان واحداً من اربعة فسد البيع ، لجهالة المبيع . ومقتضى القياس فساد البيع مطلقاً ، لكن صححوه استحساناً فيما دون الاربعة لحاجة من له الخيار الى التأمل ، فيختار الاوفق والارفق . والحاجة تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والردي والوسط ، ففيما زاد عليها لم توجد الحاجة ، فرجع الى القياس وهو الفساد (افاده في الدرر) .

وقوله : « من القيميات » مثلها المثليات المختلفة الجنس ، كما اذا باعه مداً واحداً من ثلاثة امداد احدها حنطة والثاني شعير والثالث عدس وبين ثمن كلٍ على حدة . واما في المثليات من جنس واحد فلا يصح ، اذ لا فائدة في الخيار لعدم التفاوت ، فرجع للقياس من عدم الصحة .

وقوله : « على ان المشتري الخ » فيه اشارة الى ان خيار التعيين انما هو فيما اذا باعه واحداً من الاثنين او الثلاثة ، لا على التعيين ، واما لو باعه ثوبين او ثلاثة على انه بالخيار في واحد منها فليس هذا من خيار التعيين بل هو من خيار الشرط . وقد تقدم بيان حكمه في الفروع التي ذكرناها في شرح المادة (٣٠٩) فلتراجع . وفيه اشارة ايضاً الى انه لا بد من ذكر هذا الشرط في صلب العقد بأن يقول

بعد قوله بعتك احدهذين الثوبين « على انك بالخيار في ايهما شئت او على ان تاخذ ايهما شئت ، ليكون نصاً في خيار التعيين . فلولم يذكر هذه الزيادة يكون البيع فاسداً لجهالة المبيع ، حتى لو قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحداً منهما . وان مات احدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر . كذا في البحر . قلت : واستفيد من هذا ان خيار التعيين يجوز في البيع الفاسد وهو المصرح به في الهندية والتتارخانية . ولهذا قال « يضمن قيمة نصف كل واحد منهما الخ » .

وقوله : « او البايع يعطي ايا اراد الخ » صورته ان يقول المشتري اشتريت منك احد هذين الثوبين على ان تعطيني ايهما شئت بالثمن الذي تعين له ، فله ان يلزم المشتري ايهما شاء ، الا اذا تعيب احدهما فليس له ان يلزمه المعيب الا برضاه . فاذا الزمه اياه ولم يرض به ليس له ان يلزمه الآخر بعد ذلك . ولو هلك احدهما في يده كان له ان يلزمه الباقي . ولو قبضهما المشتري والخيار للبائع فهلكا ، فالشأن بحاله ، واما اذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في احدهما ، الا ان يكون معه خيار الشرط . وما هو مبيع مضمون بالثمن ، وغير المبيع امانة . فلو اشترى ثلاثة اثواب وعين الكل ثمناً على ان له خيار التعيين فاحترق ثوبان ونصف الثالث ، رد النصف الباقي ولا شيء عليه من ضمان النصف المحترق وضمن نصف ثمن المحترقين . ولو كان ثوبان فاحترق نصف كل معاً رد ايهما شاء بغير ضمان وضمن ثمن الآخر . ولو احترق احدهما ونصف الاخر لزمه ثمن المحترق لتعينه مبيعاً ورد الآخر بغير ضمان

ويسقط خيار التعيين بما يسقط به خيار الشرط . فاذا هلك احدهما تعين هو مبيعاً والآخر امانة ولو هلكا معاً ضمن نصف كل . ولو اختلفا في الهالك اولاً فالقول للمشتري بيمينه ، وبينة البايع اولى . ولو تعيبا معاً فالخيار بحاله . ولو متعاقباً تعين الاول مبيعاً ولو باعهما المشتري ثم اختار احدهما ، صح بيعه فيه فقط . الكل من البحر ، وتمامه فيه .

المادة ٣١٧ = يلزم في خيار التعيين تعيين المدة ايضاً

اي ثلاثة ايام او اقل او اكثر حسبما شاء العاقدان ، كما هو قول الامامين الذي مشت عليه المجلة ·

اعلم انه قد اختلف المشايخ في انه هل يشترط لجواز هذا البيع ، اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ، ان يكون فيه خيار الشرط كأن يقول البايع مثلاً « بعتك احد هذين الثوبين على ان تأخذ ايهما شئت بعشرة دراهم وانت بالخيار ثلاثة ايام ؟ » قيل نعم — كما هو مذكور في الجامع الصغير تصويراً ونسبه قاضي خان الى اكثر المشايخ · وقال شمس الائمة في جامعه : هو الصحيح · وقيل لا يشترط ، وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره ، وصححه فخر الاسلام وقال : الصحيح عندنا انه ليس بشرط ، وهو قول ابن شجاع · وجه الاشتراط ، وهو قول الكرخي ، ان القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد · وانما جاز استحساناً بموضع السنة ، وهو شرط الخيار ، فلا يصح بدونه · كذا في الفتح · ثم بعد ذكره ما يفيد ترجيح عدم الاشتراط قال : غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ، ثبت حكمه · وهو جواز ان يردّ كلاً من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع ، لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه خيار الشرط انه عين المبيع الذي فيه الخيار ، لا انه يسقط خياره · ولو ردّ احدهما كان بخيار التعيين ، ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار · ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه ، بطل خيار الشرط وانبرم البيع في احدهما ، وعليه ان يعين · ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم يتم احدهما لزم البيع ، وعلى الوارث التعيين ، لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره ، على ما ذكرناه · ولهذا لا يتوقت في حق الوارث كما ذكره المص ، يعني صاحب الهداية ، لأنه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره ، فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته · وان لم يتراضيا على خيار

الشرط ، لأنه اصله . وعندهما اي مدة تراضيا عليها بعد كونهـا معلومة . وعلى هذا انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في احدها ولزم التعيين ان يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت اه .

وقوله « وعلى هذا يجب الخ » اي على توقيت خيـار التعيين . يعني اذا وقت خيار التعيين بثلاثة مثلاً وقد ذكر معه ايضاً خيار الشرط موقتاً بثلاثة ، يجب ان يبتدىء وقت لزوم التعيين من ذلك الوقت ، وهو وقت انبرام البيع بمضيّ مدة خيار الشرط . واما لو اجاز البيع في اثناء المدة ، والمسئلة بحالها ، يثبت له خيار التعيين الى ثلاثة ايام من وقت الاجازة ، كما في حاشية الطحطاوي عن النهر . قالــ في رد المحتار : وظاهره ، اي ظاهر قوله وان لم يتراضيا الخ ، ان اشتراط توقيت خيار التعيين مبني على القول بأنه لا يشترط ان يكون مع خيار التعيين خيار الشرط ، وهـو ظاهر ، لأن خيار الشرط موقت فلا حاجة الى توقيت التعيين ايضاً اه مختصراً . ثم اعلم ان اشتراط التوقيت نازع فيها الزيلعي فقال : اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين ، بخلاف خيار الشرط ، فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة ، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في احدهما قبل مضي الوقت ، ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه ممن له الخيار ، فلا فائدة لاشتراط ذلك . والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه اه .

قالــ في رد المحتار : واجاب عنه في الحواشي السعدية بأن له فائدة هي ان يجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة ، واقره في النهر اه — يعني ان الفائدة ان يكون الجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة لا قبلهـا ، كما هو مقتضى البيع بخيار التعيين ، اذا لم يوقت . وتوضيح ذلك ان البيع الذي معه خيار التعيين ، اذا لم يذكر معه خيار الشرط ينبرم لازماً في احد الشيئين بمجرد العقد ، فيصير المشتري بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره ، كما قدمناه انفـاً عن الفتح . ومتى طلب الشريك القسمة وجبت اجابته . فلو طلب البايع حين فراغه من عقد البيع تمييز المبيع بخيار التعيين لأجبر المشتري على ذلك فيفوت عليه المقصود من مشروعية هذا البيع ، وهو ما ذكره في الفتح من قوله « وجه الاستحسـان ان مشروعية الخيار

في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق ، والحاجة الى هذا النوع من البيع وهو البيع بخيار التعيين متحققة ، لأن الانسان قد يحتاج الى رأي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر ، وليس بحيث يحضر لعلوه او تحجبها ، خصوصاً اذا كانت اهله لا ينبغي ان يتركها تلج في الاسواق وتمارس الرجال بشراء حاجتها ، فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق ، ولا يمكنه البايع من حمله اليه الا مبيعاً ، فكان في معنى ما ورد به النص ، فيجوز اه — بخلاف ما اذا ذكر معه خيار الشرط ، فإنه لا يفوته المقصود المذكور لأن البيع لا ينبرم لازماً مع خيار الشرط ، الا بعد اسقاطه او مضي مدته ، فليس له جبره على التعيين الا بعد ذلك ، فإذا لم يذكر معه خيار الشرط ، فلا بد حينئذ من توقيت خيار التعيين بمدة معينة ، ليتمكن فيها من المقصود الذي لاجله شرع هذا النوع من البيع ، بحيث لا يقدر البايع ان يجبره على التعيين الا بعد مضيها . هذا هو المراد مما اجاب به في الحواشي السعدية ، لا كما زعمه في الشرنبلالية من ان فائدته دفع الضرر عن البايع لما يلحقه من مطل المشتري التعيين ، اذا لم يشترط فيفوت على البايع نفعه وتصرفه فيما يملكه اه فإنه . لا ضرر على البايع اصلاً لما علمته من ان البيع بخيار التعيين اذا لم يوقت ولم يذكر معه خيار الشرط ينبرم فيه البيع بمجرد الفراغ من العقد ، ومتى انبرم البيع صار المشتري بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره ، فيجبر على التعيين بطلب البايع ، فكان الضرر على المشتري حيث يفوته الغرض الذي لاجله شرع هذا النوع من البيع لا على البايع . وبهذا تعلم ان ما في رد المحتار وحاشية ابي السعود من جعل جواب الحواشي السعدية بمعنى ما في الشرنبلالية غير سديد . وبهذا التقرير يظهر وجه الاستغناء بخيار الشرط عن توقيت خيار التعيين ، ويتضح ايضاً وجه لزوم توقيت خيار التعيين اذا لم يذكر معه خيار الشرط ، وتندفع اشكالات جمة في توجيهات اقوال الائمة . فاغتنم هذا التحرير المستطاب ، الموافق ان شاء الله تعالى للصواب ، فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب ، والحمد لله المنعم الوهاب .

المادة ٣١٨ — ﴿ من له خيار التعيين يلزمه ان يعين الشيء الذي يأخذه بانقضاء المدة التي عينت ﴾

هذا اذا وقت خيار التعيين بأن قال بعتك احد هذين الثوبين على ان تأخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة ايام مثلاً . ومثله ما اذا لم يوقت ، لكن ذكر معه خيار الشرط بأن قال بعتك احد هذين الثوبين على ان تأخذ ايهما شئت بعشرة دراهم ولك الخيار الى ثلاثة ايام ، فإنه يلزمه ان يعيّن بانقضاء مدة خيار الشرط الذي هو وقت لزوم البيع وانبرامه . واما اذا وقّت خيار التعيين وذكر معه خيار الشرط ايضاً فإنه انما يلزمه التعيين بعد انقضاء المدتين وقد علمت مما سبق في شرح المادة السابقة ان مبدأ مدة خيار التعيين من وقت الأجازة بخيار الشرط ان اجاز ، او من وقت مضي مدته ان لم يجز . واما اذا لم يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين، ولا ذكرت مدة له، فإن البيع يكون فاسداً ، لأننا لو صححناه لأمكن للبايع ان يجبره على التعيين حال انبرام البيع ، فيفوت عليه المقصود الذي لأجله شرع هذا النوع من البيع، كما تقدم في شرح المادة السابقة .

قال في الهندية : واذا ذكر خيار التعيين مطلقاً ولم يوقته ، كان الكرخي ايقول لا يجوز هذا البيع ، واليه إشار في الجامع الصغير . وفي المأذون : واليه مال شمس الائمة الحلواني وشمس الائمة السرخسي وفخر الإسلام علي البزدوي . كذا في المحيط . اه

﴿ تنبيه ﴾

ما يبطل به هذا الخيار نوعان : ضروري واختياري . اما الضروري فهلاك احدهما بعد القبض ، وكذا تعيبه . فان الهالك او المتعيب يتعين مبيعاً ضرورة . اما لو تعيبا لم يتعين احدهما للبيع وللمشتري ان يأخذ ايا شاء بثمنه وليس له ردهما، للزوم البيع في احدهما، كما تقدم بيانه في شرح المادة (٣١٦) واما الاختياري فنوعان ، ما يكون به التعيين صريحاً كقوله اخترت هذا او رضيت به او شئته ، وما يجري مجرى هذه الالفاظ . وما يكون به التعيين دلالة ، وهو كل تصرف

في احدهما ، يدل على تعيين الملك ، فيه من التصرفات التي تقدم ذكرها في خيار الشرط (افاده في البحر) .

وفي الهندية : ولو تصرف المشتري في احدهما تصرف الملاك جاز تصرفه ويكون مختاراً له ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة . ولو تصرف البايع في احدهما فتصرفه فيه موقوف . إن تعين ذلك للبيع بطل تصرفه وان تعين ذلك للأمانة نفذ تصرفه اه وتمام الكلام على ذلك فيها .

المادة ٣١٩ - ﴿ خيار التعيين ينتقل للوارث . فلو احضر البايع ثلاثة اثواب اعلى واوسط وادنى من جنس واحد وبين لكل ثمناً على حدة وباع احدها لاعلى التعيين على ان المشتري في مدة ثلاثة او اربعة ايام يأخذ ايها شاء بالثمن الذي تعين له وقبل المشتري على هذا المنوال انعقد البيع وفي انقضاء المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين احدها ودفع ثمنه . فلو مات قبل التعيين يكون الوارث ايضاً مجبوراً على تعيين احدها ودفع ثمنه من تركة مورثه ﴾

ليميز ماله من مال غيره . ولو كان مع هذا الخيار خيار الشرط يبطل حكمه ، لأن خيار الشرط لا يورث . وقوله : فلو احضر البايع ثلاثة اثواب الخ » فيه اشارة الى ما قدمناه في شرح المادة (٣١٦) من ان خيار التعيين لا يصح الا فيما دون الاربعة ، والا فسد البيع .

﴿ فروع ﴾

رجل اخذ من رجل ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ان شاء اخذ هذا بعشرة وان شاء اخذ هذا بعشرين وان شاء اخذهما جميعاً ، فصبغ احدهما واختاره ورد الآخر ، فقال البايع اخترت الذي ثمنه عشرون ، وقال المشتري اخترت الذي

ثمنه عشرة ، فالقول في الثمن قول المشتري · ولو ان المشتري قطع الثوب قميصاً ولم يخطه ثم اختلفا في الثمن فإن شاء البايع اخذ ما اقر به المشتري من الثمن وان شاء اخذ الثوب مقطوعاً · وان كان القطع قد زاد فيه مثل الصبغ فلا سبيل للبايع عليه ، وله ما اقر به المشتري ·

رجلٌ اخذ من رجل ثوبين على ان يأخذ احدهما بثمن مسمى فضاع احدهما وقطع الآخر ، فقال المشتري اخترت الذي قطعته ثم ضاع الآخر وانا فيه امين ، وقال البايع لا بل اخترت الذي ضاع ثم قطعت الآخر فعليك قيمة الذي قطعت مع ثمن الذي ضاع ، فإن المشتري يضمن نصف ثمنَ الذي ضاع ونصف قيمة الذي قطع ونصف ثمنه . كذا في المحيط (هندية وتتارخانية) ·

* الفصل الخامس *

* في حق خيار الرؤية *

اضافة الخيار الى الرؤية قيل من اضافة المسبب الى سببه · وفيه ان سبب الخيار عدم الرؤية ، لا هي · فلا بد من ملاحظة تقدير المضاف وهو « عدم » ·

وفي الفتح وغيره : انه من اضافة الشيء الى شرطه ، فإن هذا الخيار يثبت بشرط الرؤية · واعترض انه ليس بظاهر ، لما سيجيء ان له الرد قبل الرؤية · واجاب عنه الزيلعي بأنه انما جاز فسخه قبل الرؤية لكونه عقداً غير لازم فينفسخ لذلك ، لا بموجب الخيار اهـ ·

وفي حاشية ابي السعود : ثم اعلم ان خيار الرؤية يثبت في كل عين مُلِكت بعقد يحتمل الفسخ كالشراء ، فلا يثبت في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة ، لثبوت كل في الذمة ، ولا في المهر و بدل الخلع والصلح عن القصاص ، لعدم قبولها الفسخ · كذا في البرهان — واحترز بالاثمان الخالصة عما اذا كان المبيع اناء من احد النقدين ، فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما كما في النهر ،

وقد نظم العلامة الحموي ما يثبت فيه خيار الرؤية فقال :

في اربع خيار رؤية يرى اجارة وقسمة كذا الشراء
كذاك صلح في ادعاء المال فاحفظ مربعاً نظمها في الحال

وفي رد المحتار عن البحر : والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا يحتاج الى قضاء ولا رضى البايع وينفسخ بقوله رددت الا انه لا يصح الرد الا بعلم البايع ؛ خلافاً للثاني وهو يثبت حكماً لا بالشرط ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن . وكذا لو هلك في يده او صار الى حال لا يملك فسخه بطل خياره ، كذا في السراج اه .

وقوله : حتى لو تصرف فيه الخ يعني بعد الرؤية ، واما قبلها فلا يبطل خياره الا اذا تعلق فيه حق الغير ، وسيجيء .

المادة ٣٢٠ = ✵ من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار الى ان يراه فاذا رآه فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع . ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية ✵

وهذا بعد ان يكون البيع وقع صحيحاً بنفي الجهالة الفاحشة عن المبيع ، وذلك بما يخصص المبيع عن انظاره ، وذلك بالاشارة اليه لو حاضراً في مجلس العقد ، والا فببيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات كبعتك كر حنطة بلدية مثلاً ، بشرط كونه في ملكه او ببيان مكانه الخاص كبعتك ما في البيت او ما في كمي ، او باضافته الى البايع ، كبعتك عبدي ولا عبد له غيره ، او ببيان حدود ارض ، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة وتبقى الجهالة اليسيرة ، التي لا تنافي صحة البيع ، فترتفع بثبوت هذا الخيار ، وهو خيار الرؤية . والحاصل ان خيار الرؤية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته ، هذا ما حققه في رد المحتار . وقدمنا ذكره في شرح المادة ٢٠ و ٢١٣ فتذكره بالمراجعة . واراد بما لم يره في قوله : « من اشترى شيئاً ولم يره » ما لم يره وقت العقد ولا قبله ،

(رد المحتار عن البحر) واشار بقوله « كان له الخيار الى ان يراه » الى انه لو فسخ البيع قبل الرؤية يصح فسخه ، وهو الاصح كما في التنوير . وذلك لعدم لزوم البيع فلم يقع منبرماً . وهذا بخلاف ما لو اجاز البيع قولاً او فعلاً لم يتعلق به حق الغير قبل الرؤية فإنه لا يسقط به الخيار ، وله ان يفسخ اذا رآه بعد ذلك لأن خياره معلق بالرؤية بالنص اي بحديث من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه ، والمعلق بالشرط ، عدم قبل وجوده ، والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت ، وحيث كان الخيار معلقاً بالرؤية كان عدماً قبلها فلا يصح اسقاطه بالرضى .

والحاصل ان الفرق بين الفسخ والاجازة ، وحيث كان الفسخ لازماً قبل الرؤية ، والاجازة غير لازمة مع استوائها في التعليق بالشرط في الحديث المار ، ان الفسخ له سبب آخر غير الرؤية ، وهو عدم لزوم هذا العقد ، وما لا يلزم فللمشتري فسخه متى شاء ، ولم يثبت للاجازة سبب آخر ، فبقيت على العدم (الكل من الدر وحاشية رد المحتار) . وقيدنا الاجازة بكونها قولاً او فعلاً الخ ، لأنها اذا كانت فعلاً تعلق به حق الغير ، تكون لازمة ويسقط الخيار ، كما يأتي في شرح المادة (٣٣٥)

❊ تنبيه ❊

يشترط للفسخ علم البايع به ، اي بالفسخ خوف الغرر ، اي غرر البايع بسبب اعتماده على شرائه ، فلا يطلب لسلعته مشترياً آخر ، وكذا رده الى موضع العقد سواء حمله هو من موضع العقد الى منزله ، او حمله له البايع ، لأن مؤنة رد المبيع بعيب او بخيار شرط او رؤية على المشتري (افاده في الدر وحواشيه) .

قال في رد المحتار : ثم انه يستفاد من كلام جامع الفصولين ان ما انفقه البايع على تحميله الى منزل المشتري لا يلزم المشتري اذا رد عليه المبيع الى محل العقد لأن البايع متبرع بما انفقه لأن الواجب عليه التسليم في محل العقد دون التحميل . وبه يظهر جواب حادثة الفتوى اشترى حديداً لم يره وشرط على البايع تحميله الى بلدة المشتري ، ثم رآه فلم يرض به واراد فسخ البيع بخيار الرؤية او

بفساد العقد بسبب الشرط المذكور ، والجواب انه يلزمه تحميله الى بلدة البايع ليرده عليه ، وان كان الرد بسبب الفساد ، لما صرح به في جامع الفصولين ايضاً ، من ان مؤنة رد المبيع فاسداً بعد الفسخ على القابض اه .

المادة ٣٢١ — ❋ خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث فاذا مات المشتري قبل ان يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه ❋

لأن خيار الرؤية ليس الا مجرد ارادة ومشيئة ، وهذا وصف فلا يمكن انتقاله للوارث (درر) .

المادة ٣٢٢ — ❋ لا خيار للبايع لو كان لم ير المبيع مثلاً لو باع رجل مالاً دخل في ملكه بالارث وكان لم يره انعقد البيع بلا خيار للبائع ❋

اي من حيث انه بايع لأن خيار الرؤية معلق بالشراء ، لما روينا من الحديث المار ، فلا يثبت دونه . كذا في الهداية . ولأن خيار الرؤية انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه خيراً مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ، ولو رده البايع لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه ، والخيار لا يثبت في مثله . كما لو باع عبداً على انه معيب فإذا هو سليم ، لا يثبت للبايع فيه الخيار (زيلعي) .

وانما قلنا «من حيث انه بايع» لأن له الخيار من حيث انه مشترٍ . ففي الشرنبلالية عن الجوهرة : لو باع عيناً بعين ولم يرَ كل منهما ما يحصل له من العرض ، ثبت لكل منهما الخيار ، لان كل واحد منهما مشترٍ للعرض الذي يحصل له . وفي شرح المجمع قال : وضع الخلاف في المبيع ، اذ لا خيار في الثمن الدين اتفاقاً . واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا ، لأنه بمنزلة المبيع اه .

وفي الفتح: وعرف من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه، ولا في الاثمان الخالصة. بخلاف ما لو كان المبيع اناء من احد النقدين، فإن فيه الخيار. ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما اه.

وفي الخانية: والمكيل والموزون اذا لم يكن معيناً فهو بمنزلة الدراهم والدنانير ولكن لو كان الثمن عيناً يثبت فيه خيار الرؤية للبائع كما يثبت للمشتري في المبيع.

وفي الهندية: لو باع عيناً بدين وبعين لم يره ثم رآه فرده، ينتقض البيع بحصة العين دون حصة الدين، لأنه لا خيار له في حصته اه.

المادة ٣٢٣ - ✱المراد من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع. مثلاً الكرباس والقماش الذي يكون ظاهره وباطنه متساويين تكفي رؤية ظاهره والقماش المنقوش المدرب تلزم رؤية نقشه ودروبه، والشاة المشتراة لاجل التناسل والتولد يلزم رؤية ثديها، والشاة المأخوذة لاجل اللحم يقتضي جس ظهرها وإليتها، والمأكولات والمشروبات يلزم ان يذاق طعمها✱

يعني ان رؤية المبيع قبل الشراء يعني التي تكون كافية في سقوط خيار الرؤية بعده بحيث يكون قد اشترى ما رأى وكذا الرؤية بعد الشراء وهي التي تكون بحيث لو صدر بعدها من المشتري ما يدل على الرضى من قول او فعل لسقط خياره، ليس المراد منها الرؤية بالعين الباصرة فقط ولا الرؤية لجميع اجزاء المبيع، وانما المراد منها الوقوف على المقصود الاصلي من المبيع، يعني العلم بالمقصود الاصلي منه سواء كان ذلك المقصود حالاً كالنقوش والالوان في القماش المنقوش او محلاً كاللحم في الشاة المأخوذة لاجله.

قال في الفتح : والمراد بالرؤية ، العلم بالمقصود من باب عموم المجاز . عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي . وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها ، مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فإنه انما يثبت له الخيار عند شمه فله الفسخ عند شمه . وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً لأن تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف لأن الوصف له قائم مقام الرؤية اه .

وفي القنية : اشترى ما يذاق فذاقه ليلاً ولم يره ، سقط خياره اه . وفي التبيين للزيلعي : وفي دفوف المغازي لا بد من سماع صوتها اه . وفي الفتح ايضا عند قول صاحب الهداية « ومن نظر الى وجه الجارية الخ » ما ملخصه : والاصل في هذا ان رؤية جميع اجزاء المبيع ، غير شرط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعاً ، والا لجاز ان ينظر الى عورة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ، ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ، ولا قائل بذلك ، فيكتفي برؤية ما هو المقصود من المبيع . فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي ، فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع .

اذا عرف هذا يبنى عليه انه في الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها . وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة : يعتبر في الدواب عرف التجار ، وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد لان المقصود اللحم ، وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع اي مع سائر جسدها كما في البحر عن الظهيرية ، فليحفظ . وفيما يطعم لا بد من الذوق فلا يسقط الخيار بدون ذلك . وكذا اذا رأى وجه الثوب مطوياً ، لأن البادي يعرف بالطي ، اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم في الثوب . وفي البساط لا بد عن رؤية جميعه ، ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ، ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل . قيل : وينبغي ان ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصوداً . وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ، ويبطل برؤية ظاهرها ، الا اذا كانت البطانة مقصودة

بأن كان فيها فروٌ اه ·

وفي رد المحتار قلت وفي عرفنا لا يكتفون برؤية وجه الدابة وكفلها بل لا بد من رؤية جميع اعضائها ، وسنها ايضاً لا سيما في الخيل الجياد ، فأن بين ان تكون رقبتها طويلة او قصيرة ، وبين ان يكون ظهرها طويلا او قصيراً ، وبين ان يكون في قوائمها بياض ، او لا يكون واذا كان فبين ان يكون في كلها او بعضها ، او في يديها او رجليها ، وبين ان تكون صغيرة السن او كبيرة ، او متوسطة ، تفاوتاً عظيماً في الثمن ، فينبغي ان يؤخذ برواية المعلى عن ابي حنيفة باعتبار عرف التجار في الدواب فليتأمل ·

وفي الهندية عن شرح القدوري للاقطع : وقد قالوا ، ان قال اهل الصنعة والمعرفة بالدواب ، انه يحتاج الى النظر الى القوائم كان شرطاً في سقوط الخيار ايضاً اه ·

❋ فالمشتري اذا عرف هذه الاموال على الصور المذكورة ثم اشتراها ليس له خيار الرؤية ❋

وكذا بعد ان اشتراها ثم اجاز البيع صحت الاجازة وبطل الخيار · اما لو رأى القماش المنقوش ولم ير نقشه ودروبه او رأى جميع اعضاء الشاة المشتراة لاجل اللحم ولم يجس ظهرها وأليتها ، او المشتراة للقنية ولم ير ثديها ، او رأى المذوق ولم يذقه ، او المشموم ولم يشمه ، فلا يمنع من خيار الرؤية لو كان ذلك قبل الشراء ويبقى على خياره ، ولا تصح اجازته القولية ، لو كان بعد الشراء

المادة ٣١٤ — ❋ الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها يكفي رؤية الانموذج منها فقط ❋

والمراد بتلك الاشياء ما لا تتفاوت آحادها ، كالمكيلات والموزونات وكذا العدديات المتقاربة في الصحيح خلافاً للكرخي كما في رد المحتار · وما عدا ذلك مما

تتفاوت آحاده كالثياب والدواب والامتعة والمقارات ، اذا بيع منها اشياء متعددة فلا بد من رؤية كل واحد منها اي من تلك الاشياء كما في عامة معتبرات المذهب. المراد بالرؤية العلم بالمقصود الاصلي من كل واحد منها كما تقدم.

واستظهر العلامة ابن عابدين في رد المحتار . انه لو كان المبيع اثوابا متعددة وهي من نمط واحد لا تختلف عادة : بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد ، انه يكفي رؤية ثوب منها ، الا اذا ظهر الباقي اردأ ، قال : وذلك لانها بالنموذج في عادة التجار فاذا كانت الوانا مختلفة ينظرون في كل لون الى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الاصبع و يلصقون القطع في ورقة فيعلم حال جميع الاثواب برؤية هذه الورقة و يكون طول الثوب وعرضه معلوما . فاذا وجد الاثواب كلها على الحال المرئي بلا تفاوت بينها ، ينبغي ان يسقط خيار الرؤية ، لانها حينئذ ، تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض ، ولا شك انه قد يحصل تقارب بين جوزة وجوزة ، ولكنه يسير لا ينقص الثمن فاذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لا يختلف ثوب منها عن ثوب اختلافا ينقص الثمن عادة فهو كذلك . ثم بعد ان اطال بالاستدلال على ذلك ، قال هذا ما ظهر لي بحثا.

اقول وليس هذا الحكم الذي ذكره هذا المحقق ، خاصا بما اذا كان المبيع اثوابا متعددة من نمط واحد ، بل مثله كثير من الامتعة والبضائع القيمية التي تكون على نمط واحد ، سواء كانت من الاقمشة كصناديق الغزل والطرابيش وكالكراسي والجوارب والاواني المتخذة من الخزف او غيره كالكاسات والصحون وما شاكلها فانه اذا رأى مثلا صحنا واحدا واشترى معه من نوعه ما يماثله لونا ونقشا وعمقا وسعة ، الف صحن فلا يرى بين جميع افرادها ادنى تفاوت وكذا الكراسي والطرابيش وغيرها مما تقدم ، حتى ان التفاوت بين آحادها ، اتم من التقارب بين افراد الجوز والبيض . والذي يظهر انه لا ينبغي ان يتوقف في ان رؤية واحد من كل جنس مما ذكر ، يكفي عن رؤية جميع افراده ويسقط خيار الرؤية فيها لدخول ما ذكر في العدديات المتقاربة فان الكاف في قولهم كالجوز والبيض ، ليست للاستقصاء بحيث لا يكون العددي المتقارب الا الجوز والبيض . بل هي للتمثيل ، كما ان الكاف في قولهم كالمكيلات والموزونات كذلك حتى دخلت

العدديات المتقاربة فيما لا يتفاوت آحاده . ومن المقرر ، ان ذكر الشيء لا ينفي الحكم عما عداه . واما ذكرهم الثياب والامتعة فيما لا تتفاوت آحاده فهو مبني على ما يعهدونه في زمانهم من اختلاف آحادها فلو وجد منها نوع او اكثر آحادها متقاربة لا تفاوت فيها ، فلا شك ان الحكم يختلف وانظر كيف جعلوا قول زفر، من انه في بيع الدار لا بد من رؤية داخل البيوت هو الصحيح المفتى به مع ان الإمام الاعظم وصاحبيه اتفقوا على انه يكفي رؤية داخل الدار فقط ، وقالوا ان هذا اختلاف زمان لا برهان.

وفي الهندية عن المحيط : والأصل ان غير المرئي ان كان تبعاً للمرئي فلا خيار له في غير المرئي وان كان غير المرئي اصلاً ، ينظر ان كان رؤية ما رأى لم تعرّفه حال ما لم يره ، بقي خياره .

والحاصل ان ما ذكره في الهداية والفتح والبحر والزيلعي وغيرها من معتبرات المذهب من ان الاشياء التي لا تتفاوت آحادها يكتفي برؤية بعضها . وعلامة كون آحادها لا تتفاوت ، ان تعرض على البيع بالنموذج ، يكفي نصاً فيما ذكره المحقق ابن عابدين والتمثيل لذلك بالمكيل والموزون ، لا ينفي الحكم عما عداهما مما كان بمعناهما . وعبارة الهندية عن محيط السرخسي منادية بذلك . فلا جرم ان جمعية المجلة اعتمدت عليه فاطلقت الاشياء التي تباع بالانموذج في هذه المادة ولم تمثل لها بالموزون والمكيل ، ثم صرحت بالاعتماد عليه في المادة الآتية ، لكن ما يستفاد من عبارة المحقق ابن عابدين من ان رؤية قطعة صغيرة قدر الاصبع تقطع وتلصق على ورقة ويسقط بها خيار الرؤية ، فيه وقفة ، لأن هذه القطعة وان عرف بها لون المبيع ، الا انها لا ترفع ما في المبيع من الجهالة اليسيرة التي لاجلها شرع خيار الرؤية . وايضاً هي ليست بعض المبيع حتى يكتفي برؤيتها عن رؤية الباقي ، بل هي خارجة عنه ، اذ لا قيمة لها لعدم الانتفاع بها اصلاً .

فالظاهر ان رؤيتها لا تكفي بل لا بد من رؤية ظاهر ثوب مطوي هو فرد من افراد المبيع ليعرف به عرض المبيع وسمكه وما اشبه ذلك بحيث ترتفع برؤيته الجهالة اليسيرة .

وقد رأيت في الخانية ما ملخصه وان اشترى شيئاً معيناً في الارض . ان كان

مما يكال او يوزن بعد القام ، كالثوم والبصل والجزر ، فقام المشتري شيئاً باذن البابع ، او قلم البابع ، ان كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل والوزن ، اذا رأى المقلوع ورضي به لزم البيع في الكل و يكون روءية البعض كروءية الكل اذا وجد الباقي كذلك ، وان كان المقلوع شيئاً يسيراً لا يدخل تحت الوزن لا يبطل خياره . وهذا يوءيد ما قلنا فليتأمل .

﴿ تنبيه ﴾

النموذج بفتح النون مثال الشيء معرب والانموذج لحن .

المادة ٣٢٥ – ﴿ ما بيع على مقتضى الانموذج اذا ظهر دون الانموذج يكون المشتري مخيراً ان شاء قبله وان شاء رده . مثلاً الحنطة والسمن والزيت وما صنع على نسق واحد من الكرباس والجوخ واشباهها اذا رأى المشتري انموذجها ثم اشتراها على مقتضاه فظهرت ادنى من الانموذج يخير المشتري حينئذ ﴾

وهل هذا الخيار خيار عيب فيورث ، او خيار روءية فلا ، خلاف . والتحقيق كما في الفتح انه اذا كان اختلاف الباقي لا يوصله الى حد المعيب بل الدون فهو خيار روءية فقط ، واذا كان يوصله الى حد المعيب يثبت للمشتري خياران خيار العيب وخيار الروءية . هذا ما حرر في رد المحتار فليراجع . وهذا اذا كان النموذج قائماً اما لو كان هالكاً ثم اختلف العاقدان ، فقال المشتري ان الباقي ليس على صفة النموذج وقال البايع بل هو على صفته . فقد ذكره في الخامس والعشرين من جامع الفصولين ، فقال : فإن قال المشتري لم اجد الباقي على تلك الصفة وقال البائع هو على تلك الصفة ، فالقول للبائع والبينة للمشتري اه . ومثله في الخانية وغيرها . قال في رد المحتار وهذا انما يظهر لو كان المبيع حاضراً مستوراً بكيس او نحوه . اما لو كان غائباً واحضر له البايع النموذج وهلك . ثم احضر له الباقي ، فادعى

المشتري انه ليس على الصفة التي رآها في النموذج ، فينبغي ان يكون القول للمشتري لأنه منكر ضمناً ، كون ذلك هو المبيع . بخلاف ما اذا كان حاضراً لاتفاقهما على انه المبيع وانما الاختلاف في الصفة اه

اقول فيه نظر، اذ لا يخفى انه لا بد لصحة البيع من تخصيص المبيع من انظاره، اما بالاشارة اليه لو حاضراً في مجلس العقد ، او ببيان مكانه الخاص لو غائباً ، او ببيان مقداره ووصفه لو من المقدرات . وحينئذ فلا فرق في كونهما متفقين على ان الباقي هو المبيع ، بين ان يكون حاضراً مستوراً وقت العقد ، او غائباً في مكانه الخاص . نعم يظهر ما بحثه فيما اذا كان المبيع من المقدرات ، وقد خصص ببيان مقداره ووصفه ، بأن باعه خمسين كراً من الحنطة التي رأى المشتري انموذجها ثم لما اراد تسليمها قال المشتري ، وقد كان النموذج هالكاً ، ليست هي على صفة الانموذج ، وقال البايع بل هي على صفته . ففي هذه الصوره يمكن ان يقال ينبغي ان يكون القول للمشتري لانه منكرٌ ضمناً ، كون ذلك هو المبيع ، بخلاف ما اذا كان مخصصاً بالاشارة اليه ، لو كان حاضراً ، او ببيان مكانه الخاص لو كان غائباً ، لاتفاقهما على انه هو المبيع . على ان اصل هذا البحث للعلامة الخير الرملي في حاشيته على جامع الفصولين . وموضوع بحثه ما ذكرنا من الصورة كما يعلم من مراجعته . و كيفما كان فهو بحث معارض للمنقول ، لان ما في الفصولين والخانية وغيرهما ، ظاهر في الصور الثلاث ووجهه ان المشتري يدعي ان له حق الفسخ والبايع ينكر ذلك . وقد ذكر في الفصولين ما يفيد ان الأصل كون القول في تعيين المبيع للمالك يعني البائع ، حتى لو اراد المشتري رده بعيب ، فقال ليس المبيع هذا وقال المشتري هو هذا ، لصدق البايع مع يمينه . وعلله في الفتح بانه ينكر ثبوت حق الفسخ والقول للمنكر بيمينه .

وبهذا تعلم ان ما حرره المحقق ابن عابدين في رد المحتار هنا غير محرر فلا ينبغي اغتنامه كما امر والله سبحانه اعلم .

ج - ٢

المادة ٣٢٦ = ﴿ في شراء الدار والخان ونحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها الا ان ما كانت بيوتها مصنوعة على نسق واحد يكفي رؤية واحد منها ﴾

لان رؤيته حينئذٍ تعرف حال البيوت الباقية كما تقدم عن الهندية في شرح المادة ٣٢٤ ، ثم ان لزوم رؤية كل بيت في شراء الدار ، هو الصحيح وعليه الفتوى كما في الجوهرة وغيرها . واكتفى ائمتنا الثلاثة برؤية خارجها وصحنها ، بناء على عادتهم في الكوفة و بغداد . فإن دورهم لم تكن متفاوتة الا في الكبر والصغر ، وكونها جديدة اولا فاما في ديارنا فهي متفاوتة فكان الاختلاف اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان (رد المحتار) ملخصاً .

ولا بد في شراء البستان من رؤية ظاهره و باطنه ، وفي الكرم لا بد من رؤية العنب من كل نوع شيئاً ، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ، وفي الثمار على رؤوس الاشجار تعتبر رؤية جميعها ، بخلاف الموضوعة على الارض (بحر) .

وذكر في فصل ما يدخل في المبيع تبعاً ، اشترى الثمار على رؤوس الاشجار فرأى من كل شجرة بعضها ، يثبت له خيار الرؤية اه . وهذا ينافي ما ذكره في الكرم . ولعله يفرق بين ما اذا اشترى الشجر لثمره ، فيكفي ان يرى من كل نوع شيئاً ، وبين ما اذا اشترى الثمر مقصوداً فتأمل (رد المحتار) . ويمكن ان يكون المراد بقوله في مسئلة الكرم لا بد من رؤية العنب ، لا بد من رؤية شجر العنب من كل نوع شيئاً ، ويكون المراد بشراء الكرم شراء شجره بدون ثمر تأمل . على ان قوله : اشترى الثمار على رؤوس الاشجار الخ ، ينافيه ما في الخانية: وان اشترى الثمار على رؤوس الاشجار فرأى في كل شجرة بعضها ، كان رؤية البعض كرؤية الكل حتى لو رضي به لزمه اه . ولم يحك فيه خلافاً

فليتأمل ٠

ولو رأى ما اشتراه من وراء زجاجة ، او في مرآة ، او كان المبيع على شفا حوض فرآه في الماء ، فليس ذلك برؤية وهو على خياره لأنه لا يراه على حقيقته وهيئته كذا في الجوهرة ٠ ولو نظر الى المبيع من وراء ستر رقيق ، كان رؤية (خانية) ٠ ولو اشترى سمكاً في ماء يمكنه اخذه بلا اصطياد ، فرآه فيه ، قيل يسقط خيـاره لانه رأى عين المبيع وقيل لا ، لانه لا يرى الماء على حاله ، بل يرى اكبر مما كان ، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وهو الصحيح (فتح القدير) ولو اشترى دهنـاً في قارورة فنظر الى القارورة ولم يصب الدهن على راحته ، او على اصبعه ، فهذا ليس برؤية عند ابي حنيفة (هندية) ٠

المادة ٣٢٧ — ❊ اذا اشتريت اشياء متفاوتة صفقة واحدة ، تلزم رؤية كل واحد منها على حدته ❊

لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت ٠ وعلامة ذلك ان لا يباع بالنموذج (زيلعي) والمراد برؤية كل واحد منها ٠ العلم بالمقصود الأصلي منها كما تقدم ٠ وقوله : صفقة واحدة ، تنصيص على المتوهم ، فإن لزوم ما ذكر فيما اذا بيعت الاشياء بصفقات من باب اولى وهو ظاهر ٠

المادة ٣٢٨ — ❊ اذا اشتريت اشياء متفاوتة صفقة واحدة ، وكان المشتري رأى بعضها ولم ير الباقي فمتى رأى الباقي ان شاء اخذ جميع الاشياء المبيعة وان شاء ردّ جميعها وليس له ان يأخذ ما رآه ويترك الباقي ❊

وكذا لو رآها بعد الشراء ورضي بها ليس له ان يرد الباقي كما في رد المحتار ٠

قال في الجوهرة : كي لا يفرق الصفقة على البائع قبل التمام ، لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد من غير قضاء ولا رضاء فيكون فسخاً من الأصل . ولو اشترى عدل بز ولم يره ، فباع منه ثوباً او وهبه وسلمه ، لم يرد شيئاً منها ، الا من عيب . وكذا في خيار الشرط لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه ، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام ، لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها اه .

المادة ٣٢٩ = ✵ بيع الاعمى وشراؤه صحيح ✵

وكذا جميع عقوده كما عبر به في التنوير ، ولو لغيره . وهو كالبصير الا في اثني عشر مسئلة مذكورة في الاشباه كذا في الدر

الا انه يخير في المال الذي يشتريه ، بدون ان يعلم وصفه مثلاً لو اشترى داراً لا يعلم وصفها كان مخيراً فمتى علم وصفها ان شاء اخذها وان شاء ردها . ولا خيار له فيما باع كالبصير اذا باع ما لم يره (جوهرة)

المادة ٣٣ ✵ اذا وصف شيء للاعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيراً ✵

هذا فيما لا يعرف بنحو الجس والشم والذوق ، كالدابة والعبد والاشجار ، لأن وصفها للاعمى بمنزلة الرؤية للبصير . فلو كانت مما يعرف بالشم او الذوق او الجس لا يكتفى بوصفها كما ان رؤية البصير لا تكفي بدون احدها وفي الجوهرة : فلو كان ثوبا ، لا بد من صفة طوله وعرضه ورقته مع الجس . وفي الحنطة ، لا بد من اللمس والصفة . وفي الادهان لا بد من الشم اه . ثم انه لا بد في الوصف للاعمى . من كون المبيع على ما وصف له ، ليكون في حقه ، بمنزلة الرؤية في حق البصير (رد المحتار)

ج - ٢

المادة ٣٣١ - ❊ الاعمى يسقط خياره بلمس الاشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات يعني انه اذا شم ولمس وذاق هذه الاشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحاً لازماً ❊

ظاهره ان ما يعرف باللمس ونحوه ، لا يكفي فيه الوصف . وكذا عكسه ، يعني ان ما يعرف بالوصف كعقار وشجر وعبد ، لا يكفي فيه اللمس ونحوه ، وانه لا يشترط اجتماع الوصف واللمس . وفي الهندية : وتقليبه وجسه بمنزلة النظر من الصحيح فيما يجس ، وفي المشمومات يعتبر الشم ، وفي المذوق يعتبر الذوق ولا يعتبر الوصف في اشهر الروايات . فإن كان ثوباً ، فلا بد من صفة طوله وعرضه ورقته مع الجس ، وفي الحنطة لا بد من اللمس والصفة . ولو اشترى ثماراً على رؤوس الاشجار فإنه يعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات . قال في البحر : والحاصل كما في المعراج ان الخيار ثابت للاعمى لجهله بصفات المبيع . فأن زال ذلك بأي وجه كان سقط خياره . حكي ان عمى اشترى ارضاً فقال قودوني اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى انتهى الى موضع منها فقال اموضع كومى هذا قالوا لا فقال هذه الارض لا تصلح لأنها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني ، وكانت كما قال . فإذا كان الاعمى جذه الصفة فرضي بها بعد ، سقط خياره اه . وفيه : وجس الاعمى في المتاع والمنقولات ، مثل نظر البصير ، لأن الجس والتقليب ، مما يعرف بعض اوصاف المبيع من اللين والخشونة ، وان كان لا يعرف الجميع ، فيقام مقام النظر حالة العجز ، كما تقام الاشارة في الاخرس مقام النطق للعجز . وهل يجس الموضع الذي يراه البصير فيجس من الرقيق وجهه ، ومن الحيوان الوجه والكفل حتى لو جس غيرها لا يكتفي به ؟ - لم اره ، والظاهر اشتراطه . ولو ابصر الاعمى بعد جس المبيع وشمه وذوقه فيما يعرف بذلك ، ووصف عقار وشجر وعبد فلا خيار له (افاده في الدر) لأنه قد سقط فلا يعود الا بسبب جديد . ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف (كذا في ردالمحتار) ولو اشترى البصير

ما وصف له ، لم يسقط خياره ، لأنه قادر على النظر . والصفة قائمة مقام الرؤية عند العجز . ولو قال الاعمى قبل الوصف «رضيت» لم يسقط خياره (جوهرة) .

﴿ تنبيه ﴾

سقوط الخيار باللمس او الشم او الذوق او الوصف ، انما هو اذا وجدت هذه قبل الشراء . واما اذا اشترى قبل ذلك لا يسقط خياره به ، بل يثبت باتفاق الروايات ، ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل في الصحيح (كذا في الزيلعي) .

المادة ٣٢٢ - ﴿ من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم انه الشيء الذي كان رآه لا خيار له ﴾

لأن العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقد رضي به ما دام على تلك الصفة . والتقييد بقوله «بقصد الشراء» لأنه لو رآه لا لقصد الشراء ، لا يتأمل كل التأمل ، فلم تقع الرؤية معرِفةً كما في البحر والمنح . والتقييد بقوله « وهو يعلم انه الشيء الذي كان رآه» لأنه لو لم يعلم عند العقد انه رآه من قبل ، ثبت له الخيار لعدم الرضى به ، كما في الهداية (مجمع الانهر) .

﴿ الا انه اذا وجد ذلك الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه كان له الخيار حينئذٍ ﴾

قوله لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكانت رؤيته وعدمها سواء . ولو اختلفا في التغير ، فقال المشتري قد تغير ، وقال البائع لم يتغير ، فالقول للبائع مع يمينه ، وعلى المشتري البينة . هذا اذا كانت المدة قريبة ، يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة ، فإن بعدت فالقول للمشتري ، (هندية مختصراً) وفي رد المحتار: ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً ، فالقول للبائع . وان التفاوت غالباً فالقول للمشتري . مثاله : لو راى دابة او مملوكاً فاشتراه بعد شهر ، وقال تغير ، فالقول

البائع ، لأن الشهر في مثله قليل (فتح) . والمراد التغير بنقصان بعض الصفات كنقص الحسن او القوة، لا بعروض عيب ، لأن عروضه قد يكون في اقل من شهر . و به يثبت خيار العيب اه . ولو اختلفا في اصل الروية ، بأن قال له البائع رأيت قبل الشراء ثم رضيت . فقال له رضيت قبل الروية ، فالقول للمشتري بيمينه ، لأنه ينكر الروية . كذا في الدر وحواشيه .

و بقي ما لو رأى النموذج وهلك . ثم ادعى مخالفة الباقي له ، فإن القول للبائع كما في جامع الفصولين،وقدمنا بيانه في شرح المادة ٣٣٥

المادة ٣٣٣ – ﴿الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه تكون رويتهما لذلك الشي كروية الاصيل﴾

لكن روية ما قبل التوكيل لا اثر لها فلا يسقط بها الخيار، كما في الفتح وغيره. واحترز بوكيل الشراء او القبض عن الوكيل بالروية مقصوداً ، فانه لا يصح التوكيل ولا تصير رويته كروية موكله ، حتى لو شرى شيئاً لم يره ، فوكل رجلاً برويته وقال ان رضيته تخذه ، لم يجز(جامع الفصولين). قال في البحر : لأنها من المباحات لا تتوقف على توكيل ، الا اذا فوض اليه الفسخ والاجازة ، لما في المحيط : و كله بالنظر الى ما شراه ولم يره ، ان رضي يلزم العقد ، وان لم يرض يفسخ ، يصح ، لأنه جعل الرأي والنظر اليه ، فيصح كما لو فوض الفسخ والاجازة اليه في البيع بشرط الخيار اه (رد المحتار)

ثم ان روية وكيل القبض ، انما تبطل خيار الموكل اذا قبض المبيع ناظراً اليه . واما اذا قبضه مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار ، لا يسقط ، لان وكالته انتهت بقبضه مستوراً ، فلا يملك اسقاط الخيار قصداً ، لصيرورته اجنبياً (افاده في الدرر)

والاحتراز بقوله « ناظراً اليه » عما لو تأخرت رويته عن القبض ، بدليل ما بعده ، فلا ينافي كون الروية الكائنة قبل القبض ، معتبرة ايضاً ، حيث وجدت بعد التوكيل ، بدليل ما قدمناه عن الفتح من ان رويته قبل التوكيل لا اثر لها،

فتقييد بما قبل التوكيل، بفيدانها بعد التوكيل معتبرة مطلقاً ، ولو قبل القبض (افاده ابو السعود) خلافاً لما في الشرنبلالية من ان المعتبر رؤية التي مع القبض، دون التي قبله وبعده اه

واعلم ان الوكيل بالقبض ، وان كان يملك ابطال خيار الموكل كما افادته هذه المادة ، لكن هو لا خيار له ، فلا يملك فسخ البيع بخيار الرؤية ، لأن التوكيل بالقبض يؤيد نفاذ البيع ، لا فسخه . ولذا تضمن التوكيل بابطال الخيار ، حتى كانت رؤية الوكيل كرؤية الموكل . والفسخ ينافي ذلك ، كما هو ظاهر .

واما الوكيل بالشراء فكما انه يملك ابطال خيار الموكل حتى كانت رؤيته كرؤية الموكل، يملك ايضاً فسخ البيع بخيار الرؤية ، لان خيار الرؤية ، يثبت لموكله ويثبت له ايضاً ، لأنه العاقد ، الا اذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قد رآه الموكل ولم يره هو ، فليس له حينئذ خيار الرؤية اذا اشتراه . قال في جامع الفصولين : والوكيل بالشراء لو اشترى ما رآه موكله ، ولم يعلم به الوكيل، فله خيار الرؤية لو لم يره .

وهذا لو وكل بشراء شيء لا بعينه . ففي المعين ليس للوكيل خيار الرؤية . ثم رمز وقال : وكله بشراء قن لا بعينه فشرى قناً رآه الوكيل ، فليس له ولا لموكله خيار الرؤية، وكذا خيار العيب اه . وفي الهندية عن الفصول العمادية : الوكيل بالشراء اذا اشترى شيئاً كان رآه الموكل، ولم يعلم به الوكيل، كان للوكيل خيار الرؤية . وهذا اذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه . فلو كان وكيلاً بشرا شيء بعينه قد رآه الموكل ولم يره الوكيل ، فليس للوكيل خيار الرؤية اذا اشتراه اه . وبهذا ظهر ان هذه المادة جارية على اطلاقها في جميع الحالات ، وان من استدرك عليها بقوله : «ولكن انما تكفي رؤية الوكيل بالشراء اذا كان موكلاً بشراء شيء لا بعينه ، ففي المعين ليس للوكيل خيار الرؤية » فقد استحق على نفسه التخطئة واللوم لأنه لم يفهم شيئاً من عبارات القوم . والعجب انه قد عزا ذلك الى رد المحتار ومع ان عبارته وان كانت قاصرة ، لكنها عند التأمل مستقيمة ليس عليها غبار .

ج - ٢

المادة ٣٣٤ - ﴿ الرسول يعني من ارسل من طرف المشتري لاخذ المبيع وارساله فقط لا تسقط روءيته خيار المشتري ﴾ :

قال في البحر : وفي المعراج قيل: الفرق بين الرسول والوكيل ، انالوكيل لا يضيف العقد الى الموكل . والرسول لا يستغني عن اضافته الى المرسل . وفي الفوائد : صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلاً في قبض المبيع ، او وكلتك بقبضه . وصورة الرسول، ان يقول كن رسولاً عني في قبضه او امرتك بقبضه او ارسلتك لتقبضه ، او قل لفلان ان يدفع المبيع اليك . وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر، بأن قال اقبض المبيع ، فلا يسقط الخيار ما في البحر ، وحاصله ان يصير وكيلاً بالفاظ الوكالة ، ويصير رسولاً بالفاظ الرسالة، و بالأمر ايضاً .وافاد في تنقيح الحامدية ورد المحتار : ان الامر انما يكون توكيلاً ، اذ ادل على انابة المأمور مناب الآمر ، والا فهو ارسال، فليراجع .

المادة ٣٣٥ = ﴿ تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاّك يبطل خيار روءيته ﴾

ثم ان كان تصرفاً لا يمكن فسخه بعد وقوعه ونفاذه ، كالاعتاق والتدبير ، او تصرفاً يوجب حقاً للغير، كالبيع المطلق عن شرح خيار للبايع، وكالرهن والاجارة، يبطل الخيار قبل الروءية و بعدها . وان كان تصرفاً لم يتعلق به حق الغير ، بأن باع بشرط الخيار لنفسه ، او وهبه ولم يسلم ، او عرض على البيع ، لا يبطل خياره ان كانت هذه التصرفات قبل الروءية . وان بعدها يبطل، (هندية) ومن التصرف الذي لم يتعلق به حق الغير ، طلب الشفعة به واعارته وقبض المبيع ونقد الثمن .

وانما لا تبطل الخيار قبل الروءية ، لانها نفيد الرضا . وصريح الرضا قبلها ، لا يبطله . «وقوله او عرض على البيع» ، اي كل المبيع . اما لو عرض بعضه بعد الروءية ، فيبطل الخيار عند محمد لا عند ابي يوسف كما في الخانية . قال في رد المحتار : قلت : صاحب الخانية يقدم الاشهر اه ، لكن في الهندية عن البدائع : والصحيح قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اه

ولو خرج بعض المبيع من يده ، او نقص في يده ، او زاد زيادة متصلة او منفصلة ، فإنه يبطل خياره . وكذا لو كانت دابة فركبها لحاجة نفسه او نحو ذلك . ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري ، فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الروءية . وكذا اذا باعه بيعاً فاسداً وسلمه . وان تصرف فيه تصرفاً ينقصه وهو لا يعلم به ، كما اذا جز صوف الشاة المبيعة ، او لبس الثوب وهو لا يعلم انها المبيعة ونقص بلبسه . ولو اشترى جارية لم يرها فاودعها البايع لمشتري ، وهو لا يعرفها فماتت عنده ، فهو قابض وعليه الثمن ، لأنها ماتت في ضمانه (الكل من الهندية) ولو اذن للاكار ان يزرعها قبل الروءية فزرعها ، بطل خياره ، لأن فعله بأمره كفعله . ولو اشترى نافجة مسك فاخرج المسك منها ، لم يرد بخيار روءية ولا عيب ، لأن الاخراج يدخل عليها عيباً ظاهراً (در المختار) حتى لو لم يدخل ، كان له ان يرد بخيار العيب والروءية جميعاً (بحر) .

رأى ثياباً فرفع البايع بعضها ، ثم اشترى الباقي وهو لا يعرفه اي الباقي ، فله الخيار . ولو سمى لكل واحد من الثياب عشرة ، لا خيار له (تنوير) لأن الثمن ما لم يختلف ، استويا في الاوصاف (در عن البحر) .

ولو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين ، فله الخيار ، لأنه ربما يكون الاردى باكثر الثمنين ، وهو لا يعلم (بحر عن الظهيرية) اي بأن اشترى احدهما بعينه بعشرة ، والآخر بعينه بعشرين مثلاً . فإنه لا يعلم وقت الشراء ان الذي قابله العشرون ، جيد او رديء . اما لو شرى احدهما بعشرين ولم يعينه ، فسد البيع لجهالة المبيع . ولو اشترى كل واحد بعشرة ، فلا خيار له ، لأنه عالم باوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوى بينهما في الثمن ، لانه دليل تساويهما في الوصف (رد المحتار) .

لو رضي المشتري بعد الرؤية ببعض المبيع ، سقط خياره (خانية) .

لو اشترى شيئين ورآهما ثم قبض احدهما ، فهو رضىً (هندية) .

لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه . فإذا باع المشتري المبيع قبل الرؤية او رهنه ، او آجره ، ثم رد عليه بسبب هو فسخ محض ، كالرد بخيار الرؤية ، او بخيار العيب بالقضاء ، او فك الرهن ، وانتقضت الاجارة ، فلا يعود خيار الرؤية ، وصححه قاضيخان (در منتقى) . وهو الأوجه ، لان نفس التصرف يدل على الرؤية و يبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها (فتح) شرى شيئاً لم يره ، ليس للبائع مطالبته بالثمن (در) .

وفيه : اراد بيع ضيعة ولا يكون للمشتري خيار ، فالحيلة ان يقر بثوب لانسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة و يسلمها للمشتري لتتم الصفقة ، ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشتري للزوم تفريق الصفقة ، وهو لا يجوز (در) قال في حاشية رد المحتار : لأنه لما قبض الثوب والضيعة ، تمت الصفقة . وتفريقها بعد التمام لا يجوز - بخلاف ما لو قبض احدهما دون الآخر ، استحق احدهما له الخيار ، لتفرقها قبل التمام كما في الفتح اه . وفي الدرر من فصل الاستحقاق : ولا يثبت له خيار العيب هنا ، لان استحقاق الثوب ، لا يورث عيباً في الضيعة . بخلاف ما اذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً مما في تبعيضه ضرر كالدار او العبد ، فإنه بالخيار ان شاء رضي بحصته من الثمن ، وان شاء رد . و كذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفي الحكم كشيء واحد ، فاستحق احدهما كالسيف بالغمد والقوس بالوتر ، فله الخيار بالباقي اه . رجل اشترى وزناً من تراب المعدن بعينه ، فله خيار الرؤية اذا اخرج ما فيه من المعدن (خانية) . وفيها : لو اشترى خفين او مصراعين او نعلين فرأى احدهما ، كان له خيار الرؤية اذا رأى الثاني .

وفيها: رجل اشترى جارية بعبد والف درهم وتقابضا ، ثم رد العبد بخيار الرؤية ، لا ينتقض البيع فى حصة الالف من الجارية اه .

وفيها : ولو باع شيئاً مغيباً في الارض ثم اختلف البائع والمشتري في القلع فقال البايع اخاف ان قلعته لا ترضى به ، وقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ، فمن تبرع منهما بالقلع جاز . وان تشاحا في ذلك ، فسخ القاضي العقد

بينهما اه . اشترى شيئاً لم يره فقال للبايع بعه او قال بعه لنفسك ، فهذا رد الساعة باعه البايع او لم يبعه وقد انتقض البيع . ولو قال ذلك بعد ما رآه . لم يذكر هذا الفصل في هذه المسئلة انما ذكره بعد هذا في مسئلة الشاة فقال :

اذا اشترى شاة ولم يقبضها حتى قال للبائع بعها او بعها لنفسك ، فهو سواء ، فإن كان لم يرها ، فهو الساعة نقض للبيع ورد بخيار الروءية ، وان كان قد رآها لم يكن نقضاً حتى يقول قد قبلت ذلك وانا ابيع ، كذا في المحيط (هنديه) اشترى شاة لم يرها فقال للبائع احلب لبنها فتصرف به او صبه على الارض ففعل ، بطل خياره . وفي الشاة يقبض اللبن (جامع الفصولين) ولو كانت دابة او شاة فولدت ، لم يكن له ان يردها . وكذا لو قتل ولدها هو او غيره . فإن مات الولد ، كان له الرد (تتارخانية) . ولو حم العبد ثم ذهب الحمى عنه كان له ان يرده اذا رآه اه ولو خاصمه القاضي وهو محموم فأبى البايع ان يقبله فإن القاضي يبطل الرد ويجيز البيع . فأن صح بعد ذلك ، لم يكن له ان يرده بعد قضاء القاضي . ولو اشهد على رده بحضرة البايع وهو صحيح . ثم حم قبل ان يقبضه ثم افلعت عنه الحمى وعاد الى الصحة ، فهو لازم للبايع (هندية) اشترى حنطة مجازفة قد رآها فلم يقبضها حتى جفت ونقصت ، لا خيار له (هندية) .

كل من له الخيار يملك الفسخ ، الا ثلاثة لا يملكون : الوكيل والوصي والعبد المأذون اذا اشترى شيئاً بأقل من قيمته ، فإنهم لا يملكونه اذا كان خيار عيب ، ويملكونه اذا كان خيار روءية او شرط (بحر) . واوضح من هذا ما في ادب الاوصياء للاستروشني : اشترى الوصي لليتيم عبداً يساوي ثلاثة آلاف بألف ، ثم اطلع على عيب ينقصه الفاً وخمسمائة لم يرده ، لأن في رده محاباة فاحشة فيكون ضرراً للصبي . اما لو كان شراءوه بخيار ، فله ان لا يقبله .

قلت : ولو لم يكن معيناً ، لأن خيار الشرط مانع من انعقاد البيع ، بخلاف خيار العيب . قال : ومثله الوكيل والمأذون . ومثل خيار الشرط خيار الروءية .

الفصل السادس

في بيان خيار العيب

اضافة الخيار الى العيب من اضافة الشيء الى سببه (فتح) وهو، اي خيار العيب، يثبت بلا شرط، ولا يتوقف، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، و يورث ويثبت في البيع والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبدل الصلح عن المال والقسمة، والاجارة. ثم في الاجارة يثبت سواء كان العيب قديماً او حدث بعد العقد والقبض بخلاف البقية، فإنه لا يرد بعيب حدث بعد القبض. وايضاً في الاجارة ينفرد المستأجر بالرد بالعيب قبل قبضه وبعده. بخلافه في البيع، فإنه انما ينفرد بالرد لو قبل القبض. واما بعده، فلا بد ان يكون بالتراضي او قضاء القاضي.

ثم انه في المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد يرد بفاحش العيب لا بيسيره، وفي غيرها يرد بهما. والعيب الفاحش في المهر كل ما يخرج من الجيد الى الوسط، ومن الوسط الى الردي والضابط ان كل عقد ينفسخ بالرد ويكون المردود مضموناً بما يقابله، فإنه يرده بيسير العيب وفاحشه. وكل عقد لا ينفسخ بالرد ويكون المردود مضموناً بنفسه لا بما يقابله، كمهر وبدل الخلع وقود، فإنه يرد بفاحشه لا بيسيره — وانما لا يرد المهر بيسير العيب اذا لم يكن كيلياً او وزنياً. واما الكيلي والوزني فيرد بيسيره ايضاً. ومعنى ثبوت خيار العيب في القسمة انه اذا وجد بعض الشركاء في نصيبه بعد القسمة عيباً، فان كان شيئاً واحداً حكماً ككيلي ووزني، فله رده كله ونقض القسمة سواء كانت بتراض او بحكم. اذ القسمة بتراض، بيع. والحكم في البيع هكذا وكذا اذا كان بحكم، اذ القاضي عين نصيبه على انه سليم، ولم يوجد، فله الرد شرعاً تحقيقاً للتسوية. وان كان نصيبه اشياء كثياب او عبيد او غنم، رد المبيع فقط، كما في البيع. ويكون المردود بينه وبين شركائه، ويرجع بحصته فيما اخذه شركاؤه، لأن عوض المردود في جميع ما اخذوه.

ومعنى ثبوته في بدل الصلح عن المال انه لو ادعى ديناً فصالح على قن فله رده بعيب . وحكمه حكم المبيع ، فإن رده بحكم كان نسخاً للصلح فلمن رده عليه ان يرده على بائعه . ولو رده بلا حكم فهو كبيع مبتدء فليس له رده على بائعه اه ملخصاً من جامع الفصولين .

لكن قوله « وان كان نصيبه اشياء الخ » استدرك عليه الخير الرملي في حاشيته عليه بقوله : وفي النتف : وان اقتسموا اشياء من المتاع ثم وجد احدهم بواحد من المتاع او الماشية عيباً فله ان يرد الجميع ويبطل القسمة ، وان شاء رضي ، وليس له ان يرد المعيب خاصة الا برضى الآخرين اه فلينظر اي القولين هو المرجح .

المادة ٣٣٦ ✱ البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب . يعني ان بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر انه معيب او سالم يقتضي ان يكون المبيع سالماً خالياً من العيب ✱

لأن الشراء انما شرع لدفع الحاجة ، ودفع الحاجة على التمام انما يكون بالسالم من العيب غالباً ، فكان قصد المشتري بالشراء الى السالم هو الغالب ، فكان وصف السلامة كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا تتضرر بإلزام ما لم يرض به ، ولأن السلامة من العيب لما كانت الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها (افاده في الفتح)

المادة ٣٣٧ - ✱ ما بيع مطلقا اذا ظهر فيه عيب قديم يكون المشتري مخيراً ان شاء قبله بثمنه المسمى وان شاء رده ✱

ومؤونة الرد على المشتري (بحر) اشارت هذه المادة الى خمسة قيود لهذه المسئلة ، ذكرها صاحب البحر وقال لا بد منها . الاول : ان يكون العيب عند البائع ،

واليه الاشارة بوصف العيب بكونه قديماً . الثاني : ان لا يعلم المشتري به عند البيع . الثالث: ان لا يعلم به عند القبض، واليهما الاشارة بقوله « اذا ظهر فيه عيب » فإن الظهور يستدعي سابقة الخفاء، وهو عدم العلم كما لا يخفى . الرابع : ان لا يشترط البراءة من ذلك العيب خصوصاً ، او من العيب عموماً ، واليه الاشارة بقوله « ما بيع مطلقاً » الخامس : ان لا يزول العيب قبل الفسخ ، واليه الاشارة بجعل ثبوت الخيار مرتباً على قوله « اذا ظهر الخ » كما لا يخفى على من تدبر .

وذكر في البحر قيداً سادسا وهو ان لا يتمكن المشتري من ازالة ذلك العيب بلا مشقة ، كنجاسة ثوب لا ينقص بالغسل لتمكنه من غسله . وفيه ان النجاسة اذا كان غسلها لا ينقص الثوب لا يكون عيباً والمسئلة مفروضة بظهور العيب، فلا معنى لهذا القيد . وعبارة الولوالجيه كما في البحر : اشترى ثوباً فوجد فيه دماً ، ان كان اذا غسل الدم ينقص الثوب، كان عيباً لوجود حده ، والا لا يكون عيباً اه

وفي البزازية :وجد المشتري في الجبة فأرة ميتة ، ويضرها الفتق، ردها لأنه عيب . وان لم يضرها ، لا . وان تعذر الرد بالبس رجع بالنقصان اه — .فتأمل وانظر ما اذا كان مشتري الثوب الذي ينقص بغسل نجاسته ، والجبة التي تنقص بفتقها لاخراج الفأرة الميتة منها ، غير مسلم ، ولا يعتقد النجاسة هل تكون النجاسة عيباً في حقه ايضاً ام لأنه لا يعدها عيبا اذ لا فرق عنده بين النجس وغيرها : لم ار من تعرض لذكره ، وليحرر . ثم رأيته في الخانية في فصل في البراءة عن العيب ما نصه: يهودي باع يهوديا زيتاً وقد وقعت فيه قطرات من الخمر، جاز البيع ولا يكون له ان يرده ، لأن هذا ليس بعيب عندهم اه وهو مؤيد لما قلته ولله الحمد اه منه

﴿ تتمة ﴾

ذكر في جامع الفصولين : لو علم المشتري يعني علم بالعيب عند البيع او عند القبض ، الا انه لم يعلم انه عيب ، ثم علم ، ينظر ان كان عيباً بيناً لا يخفى على الناس كلغدة ونحوها ، لم يكن له الرد . وان خفي فله الرد . ويعلم منه كثيرٌ من المسائل اه

وفي الخانية : ان اختلف التجار فقال بعضهم انه عيب بعضهم لا ، ليس له الرد اذا لم يكن عيباً بيناً عند الكل اه (رد المحتار) ثم ان التخيير بين الأخذ

بالمسمى والرد مقيد بما اذ لم يتعين امساكه ، كحلالين احرما او احدهما (كذا في الدر) يعني اذا اشترى احد الحلالين من الآخر صيداً ثم احرما او احدهما ثم وجد المشتري به عيباً ، امتنع رده ورجع بالنقصان اه (رد المحتار) وانما امتنع رده لأنه وجب على المحرم ارساله كما ذكروه في باب الحج .

والحاصل انه اذا وجد ما يمنع الرد بتعين الأخذ ، لكن في بعض الصور يرجع بنقصان العيب كما سيأتي في المواد الآتية ، وفي بعضها لا يرجع .

وفي الدر عن المحيط : وصي او وكيل او عبد مأذون شرى شيئاً بألف وقيمته ثلاثة الآف ، لم يرده بعيب للاضرار بيتيم وموكل ومولى اه يعني اذا بقيت قيمته زائدة عن ثمنه مع وجود العيب كما قدمناه عن كتاب آداب الاوصياء في شرح المادة (٣٣٥)

وفي رد المحتار عن الفتح : لو اشترى الذمي خمراً وقبضها وبها عيب ثم اسلم ، سقط خيار الرد . قال في النهر : وينبغي الرجوع بالنقصان في المسئلتين اه وفي رد المحتار ايضاً ما في الذخيرة : اشترى من آخر عبداً وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير فرأى عيباً كان عند البايع الاول ، لم يرده على الذي اشتراه منه لانه غير مفيد ، اذا لو رده يرده الآخر عليه ، ولا على البايع الاول لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته اه ولو وهبه البايع الثمن ثم وجد في المبيع عيباً قيل لا يرد ، وقيل يرد اتفاقاً (خانية) ثم جزم بالقول الثاني ، وجزم في البزازية بالاول . ومن ذلك ما في كافي الحاكم : اشتريا جاريةً فوجدا بها عيباً فرضي احدها ، لم يكن للآخر ردها عنده ، وله رد حصته عندهما اه والمتون على قوله ، لضرر البايع بعيب الشركة . اما لو كان البايع اثنين والمشتري واحداً فله ان يرد نصيب احدهما بخيار العيب اتفاقاً . كذا في مجمع الانهر .

ومن المسايل التي يمتنع فيها الرد ولا يرجع بالنقصان ما في البزازية : لو باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البايع ووجد به عيباً ، رده للوارث الآخر ان كان . فان لم يكن له وارث سواه لا يرده ولا يرجع بالنقصان .

ومنها ما في الدر المختار من كتاب الغصب : لو شرى حياصة فضة مموهة بالذهب بوزنها فضة فزال تمويهها عند المشتري ثم وجد بها عيباً ، فلا رجوع بالعيب القديم لتعيبها بزوال التمويه ، ولا بالنقصان للزوم الربا .

ومنها ما في البزازية ايضاً : كل تصرف يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع (افاده في رد المحتار) وقد يرد بالعيب ولا يرجع بالثمن كما لو باع عبداً وسلمه ووكل رجلا بقبض ثمنه ، فقال الوكيل قبضته فضاع او دفعته الى الآمر وجحد الآمر كله ، فالقول للوكيل مع يمينه و برئ المشتري من الثمن ، فلو وجد به عيباً ورده لا يرجع بالثمن على البايع لعدم ثبوت القبض في زعمه ، ولا على الوكيل ، لأنه لا عقد بينهما ، وانما هو امين في قبض الثمن ، وانما يصدق في دفع الضمان عن نفسه . قال رضي الله عنه : وعرف به انه اذا صدق الآمر الوكيل في الدفع اليه يرجع المشتري بعد الرد بالعيب بالثمن على الآمر دون القابض (كذا في الدر وحواشيه)

﴿ تنبيه ﴾

قدمنا في اول هذا الفصل ان المشتري ينفرد بالرد لو قبل القبض . واما بعده ، فلا بد من التراضي او قضاء القاضي . ومعنى انفراده بالرد لو قبله انه لو قال بحضرة البايع « ابطلت البيع » بطل وإن لم يقبل البايع كما في الخانية . وفي جامع الفصولين : ولو رده بعد قبضه لا ينفسخ البيع الا برضى البايع او بحكم . واستدل الرملي في حاشيته عليه انه لو وجد الرضى بالفعل كتسلمه من المشتري حين طلبه الرد ينفسخ البيع ، لأن من المقرر عندهم ان الرضى يثبت تارةً بالقول وتارةً بالفعل اه مختصراً .

قال في رد المحتار : واما ما يقع كثيراً من انه اذا اطلع على عيب في الدابة يردها الى منزل البايع ويقول دونك دابتك لا اريدها ، فليس برد ، وتهلك على المشتري ولو تعهدها البايع حيث لم يوجد بينهما فسخ قولاً او فعلاً اه . ثم انه اذا رد المشتري المبيع برضا البايع كان فسخاً في حقهما بيعاً في حق غيرهما . وان رده بقضاء القاضي كان فسخاً في حقهما وحق غيرهما ايضاً (هندية)

﴿ وليس له ان يمسك المبيع و يأخذ مما نقصه العيب ﴾

الا برضا بايعه (ملتقى) لأن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعاً . الا اذا صدرت مقصودةً فيقابلها . وتصير مقصودة بأحد امرين اما بالاتلاف من البايع ، كما اذا عيبه البايع بيده قبل القبض ، واما بالمنع حكماً اذا

اذا امتنع الرد لحق البايع او لحق الشرع بأن نقص او زاد في يد المشتري ، كما سيأتي (افاده الزيلعي)

وقول الملتقى « الا برضا بايعه » يعني اذا رضي البايع ان يدفع للمشتري دراهم عن نقصان العيب ولا يرد عليه المبيع المعيب ، يجوز ، ويجعل حطاً من الثمن اما لو اصطلحا على ان يدفع المشتري دراهم الى البايع ويرد عليه ، لا يصح ، اذ لا وجه له غير الرشوة — الا اذا كان حدث به عيب آخر عند المشتري او لم يقر البايع بالعيب القديم (افاده في جامع الفصولين) .

المادة ٣٣ — ❊ العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة ❊

ولو يسيراً ، لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري ، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به (كذا في الفتح) .

ثم ان هذه المادة عبارة عن ضابط كلي يعلم به العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال (كذا في مجمع الأنهر) . وزعم العلامة بن عابدين في رد المحتار ، ان قولهم في ضابط العيب « ما ينقص الثمن عند التجار » مبني على الغالب ، والا فهو غير جامع وغير مانع . اما الاول فلما في الخانية : وجد الشاة مقطوعة الأذن : ان اشتراها للاضحية له الرد ، وكذا كل ما يمنع التضحية . وان لغيرها ، فلا ، ما لم يعده الناس عيباً . والقول للمشتري ان اشتراها للاضحية في زمانها ، وكان من اهل ان يضحي اه وكذا ما في البزازية : اشترى شجرة ليتخذ منها الباب فوجدها بعد القطع لا تصلح لذلك ، رجع بالنقص ، الا ان يأخذ البايع الشجرة كما هي اه . وفيها ايضاً : اشترى ثوباً او خفاً او قلنسوة فوجد صغيراً ، له الرد اه فإن هذا الضابط لا يشمل هذه المسائل اذ ليس فيها عيب ينقص الثمن عند التجار اصلاً ، لأن المبيع فيها وان لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره . مع ان الخيار للمشتري ثابت فيها ، وما ذاك الا لاعتبار عدم غرض المشتري عيباً موجباً للرد .

واما الثاني ، يعني كونه غير مانع ، فلما في البزازية ايضاً : لو كانت الدابة بطيئة السير ، لا يرد الا اذا شرط انها عجول وفيها ايضاً : اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد ، الا اذا شرط صغرها ، قل : وسيأتي ان الثيوبة ليست بعيب الا اذا شرط عدمها اه . فإن هذا الضابط يشمل هذه المسائل لأن كلاً من بطوء السير وكبر السن والثيوبة تنقص الثمن عند التجار ، مع ان الرد لا يثبت فيها فلا بد من تقييد هذا الضابط بما قيده به الشافعية . والزيادة فيه كما زادوا فإنهم قالوا في ضابط العيب انه المنقص للقيمة او ما يفوت به غرض صحيح ، بشرط ان ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه . فإن بزيادة قولهم « او ما يفوت به غرض ، صحيح » تدخل المسائل الأولى . وبقيد كون الغالب في امثال المبيع عدمه تخرج الثانيه . هذا حاصل ما ذكره العلامة بن عابدين في رد المحتار ، وامر باغتنامه . وعندي فيه نظر لا يخفى ، فإن جميع هذه المسائل الواردة جمعاً ومنعاً ليست هي من باب خيار العيب اصلاً ، وانما هي من باب خيار الوصف . فثبوت الخيار في مسئلة الاضحية والشجرة والثوب والخف والقلنسوة انما هو لفوات وصف مرغوب فيه قد اشترط في العقد وجوده في المبيع صريحاً او دلالة ، وقد قدمنا اول الفصل الثاني عن البحر ان اشتراط الوصف المرغوب اما ان يكون صريحاً او دلالة الخ ، فليراجع . وذكره في الدر المختار ايضاً متناً وشرحاً . واما عدم ثبوت خيار الرد في مسائل بطوء السير والثيوبة فلأنها لم تشترط بالعقد اضدادها من سرعة السير وصغر السن والبكارة ، لا صريحاً ولا دلالة . وقد قدمنا في شرح المادة (٣١٠) نقل رد المحتار عن المحيط ان انعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا ذكر صفته للمبيع لا يوجب الخيار . وقد ذكر في الدر المختار وغيره ان الثيوبة ليست بعيب ، الا اذا شرط عدمها . ومثلها البطوء وكبر السن .

والحاصل ان من لم يفرق بين خيار الوصف وخيار العيب يحتاج في هذا الضابط الى الزيادة والقيد المذكورين لأجل الادخال والاخراج ، كما فعل الشافعية . واما من يجعل خيار العيب هو غير خيار الوصف كما هو في عامة كتب الحنفية ، فلا حاجة الى ما ذكر . لأن هذا الضابط في باب خيار العيب كلي جامع مانع وقد سمعت ما نقلناه عن مجمع الانهر في صدر هذه المقولة ، كيف وقد

اتفقت عليه كلمتهم متوناً وشروحاً وفتاوى ؟ فاغتنم هذا التحرير ودع عنك ما حرره ذلك النحرير ، فإن الجواد قد يكبو ، والزناد قد يخبو . ثم الظاهر ان المراد بالثمن في قولهم «ما ينقص الثمن» القيمة ، لا ن الثمن الذي اشترى به قد يكون اقل من قيمته ، بحيث لا يؤدي نقصانها في العيب الى نقصان الثمن به . كما لو اشترى شيئا بعشرة وقيمته مائة مثلا فوجد به عيباً ينقص قيمته عشرة ، فإن له الخيار مع ان العيب لم ينقص من الثمن شيئاً . لكن لما كان الثمن في الغالب مساوياً للقيمة ، عبروا به عنها . تأمل (رد المحتار موضحاً) .

ثم ان المراد بالتجار وارباب الخبرة ارباب المعرفة من كل تجارة وصنعة (در) يعني انه معتبر في كل تجارة اهلها ، وفي كل صنعة اهلها (رد المحتار) .

ولا بأس بذكر نبذة من العيوب التي ذكرها الفقهاء في الدواب وغيرها :
ففي الهندية : اشترى بقرة لا تحلب ، فإن كان مثلها يشتري للحلب فله ان يرد ، وان للحم ، فلا . ولو كانت تأخذ بضرعها وتمص جميع لبنها ، فهو عيب .

وقلة الاكل في الدواب عيب وليس بعيب في بني آدم . ولو كانت الدابة اكولة خارجا عن العادة ليس بعيب .

اشترى حماراً لا ينهق ، عيب.

اشترى ثوراً فإذا هو ينام في وقت الشغل ، يكون عيباً .

وان كان الحمار يعثر كثيراً دايما ، فهو عيب . وان كان في الاحايين فليس بعيب .

اشترى دابة تأكل الذباب . ان كثر ذلك فهو عيب ، وان في الاحايين فليس بعيب .

اشترى حماراً تنزو عليه الحمر ، ان كان مقهوراً ، فهو ليس بعيب . وان سلم نفسه ، لذلك فهو عيب .

والدخس عيب ، وهو ورم دون حافر الدابة . والغزل عيب وهو ميلان في الذنب .

والمشش عيب وهو شيء يخرج في ساق الدابة يكون له حجم وليس له صلابة .
وبل المخلاة عيب اذا انقص الثمن لأجله ، يعني اذا كان يسيل من ماء فم

الدابة ما تبتل به المخلاة التي جعل فيها العلف . وخلع الرأس عيب وهو ان يكون له حيلة بخام رأسه من المقود وان شد عليه . والحرن ، وهـو ان يقف ولا ينقاد ، والجموح ، وهو ان لا يقف عند الالجام ، عيب

والجرذ بالذال المعجمة عيب ، وهو كما يحدث في عرقوب الدابة من تزايد او انتفاخ عصب .

والصكك عيب وهوان يصطك الساقان والرجلان عند المشي .

وان كان في الثوب دهن فهو عيب لأن الدهن قلما يزول كله فيعد عيباً .

اشترى حانوتاً فوجد بعد القبض على بابه مكتوباً « وقف على مسجد كذا » لا يرد، لأنه علامة لا تبتني عليها الاحكام .

اشترى ارضاً فظهر انها مشئومة ينبغي أن يتمكن من الرد (كذا في القنية)

واذا اشترى حنطة مشاراً اليها فوجدها رديئة فليس له حق الرد بالعيب وكذا اذا اشترى اناء فضة بعينه فوجده رديئة من غير غش ولا كسر . فلم يعتبر الرداءة في المكيل والموزون عيباً ، وان وجد الحنطة مسوسة او عفنة كان له ان يردها .

اشترى ارضاً فوجد فيها طريقاً يمر فيه الناس ، كان له ان يرد بالحجة .

ولو اشترى كرماً فوجد فيه بيوت النمل كثيراً كان له ان يرد . وكذا لو وجد في الكرم ممر الغير او مسيل ماء الغير .

اشترى داراً ولها مسيل ماء الى ساحة الغير ثم ظهر انه بغير حق ولم يعلم وقت الشراء انه بغير حق ، فله الرد ، وان شاء امسكه ورجع بنقصانه اه ما في الهندية وتمامه فيها .

ولو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المستحق ، ويخير المشتري في الباقي ، سواء اورث الاستحقاق عيباً في الباقي اولا ، لتفرق الصفقه قبل التمام وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض اوغيره ، يخير ، لما مر من التفرق . ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره . ثم لو اورث الاستحقاق عيباً فيما بقي يخير المشتري . ولو لم يورث عيباً فيه كثوبين او قنين استحق ، احدهما او كيلي او وزني استحق بعضه ولا يضر تبعيضه ، فالمشتري يأخذ الباقي بدون خيار اه (جامع الفصولين عن شرح الطحاوي)

المادة ٣٣٩ - ﴿العيب القديم هو ما يكون موجود في المبيع وهو عند البايع﴾

ولا بد مع ذلك من وجوده عند المشتري ايضاً . اما اذا وجد عند البايع وزال ولم يعد عند المشتري، فلا يثبت به الخيار . وكذا اذا عاد، لكن بسبب جديد غير السبب الاول . ففي البزازية: لو كان به عرج فبرئ بمعالجة البايع ثم عاد عند المشتري لا يرده، وقيل يرده ان عاد بالسبب الاول اه . وفي فتاوي قاضي خان: اشترى عبداً فقبضه فحم عنده وكان يحم عند البايع ولم يعلم المشتري، قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم عند المشتري في الوقت الذي كان يحم عند البايع كان له ان يرده، او في غيره فلا، فقيل له لو اشترى ارضاً فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البايع، قال له ان يرد لأن سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء فكان الثاني عين الاول الا ان يجيء ماء غالب او كان المشتري رفع التراب عن وجه الارض فيعلم انها نزت لرفع التراب او للماء الغالب الذي جاء من موضع آخر فيكون النز عند المشتري غير الذي كان عند البايع او يشتبه فلا يدرى انه عين ذلك او غيره، فلا يكون له ان يرد، قال القاضي الامام ابو الحسن السغدي رحمه الله تعالى: الجواب في مسئلة الحمى والنز ما قال الشيخ الامام، الا انه يشكل بما ذكره في الزيادات في رجل اشتري جارية بيضاء احدى العينين وهو لا يعلم بذلك فانجلى البياض عند المشتري ثم عاد، ليس له ان يرد، وجعل الثاني غير الاول . ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى البياض ثم عاد بياضها عند البايع، لا يكون للمشتري ان يردها . وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البايع، ولم يجعل الثاني عين الاول اذا عاد البياض عند المشتري، وقال لا يرد . ثم قال في البحر وفي الواقعات الحسامية : اشترى جارية وفي احدى عينيها بياض فانجلى البياض، ثم عاد فقبض المشتري وهو لا يعلم بذلك، ثم علم، فله ان

يرد . فرق بين هذا وبينما اذا قبض وفي احدعينيها بياض وهو لا يعلم بذلك انجلى البياض ثم عاد ، ليس له ان يرد . والفرق ان البياض الثاني غير الاول حقيقة . الا انه في الصورة الأولى الثاني حدث في يد البايع ، فيوجب الرد . وفي الثانية البياض الثاني حدث في يد المشتري ، ولا يوجب الرد اه وبهذا ظهر انه لا اشكال — نعم على ما تقدم من امتناع الرد في المسئلتين مشكل ، اه ما في البحر .

وفيه : والاصل ان المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البايع شرط للرد ، الا في مسائل: الاولى زنى الجارية ، والثانية الولد من الزنى ، الثالثة ولادة الجارية عند البايع او غيره ، فإنها عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة ، وهو الصحيح ، وان لم تلد ثانياً عند المشتري ، لان الولادة عيب لازم لأن الضعف الذي يحصل بها لا يزول ابداً ، وعليه الفتوى اه .

وقوله « ولادة الجارية عند البايع الخ » اي لا من البايع ، والا كانت ام ولده فلا يصح بيعها .

وذكر في رد المحتار عن البزازية ان الولادة في البهائم ليست بعيب الا ان توجب نقصاناً ، وعليه الفتوى اه — وانظر ما اذا اشترى دابة من جياد الخيل كعنكية الجنس وامثالها ثم ظهر ان امها هي كذلك لكن اباها ليس كذلك ، بل هو برزون ، فإنهم وان ذكروا ان البهائم تنسب الى امهاتها دون ابائها ، الا ان هذ ينقص ثمنها عند اهل الخبرة بالخيل نقصاناً فاحشاً ، فهل يكون ذلك عيباً كالتولد من الزنا ، فللمشتري الرد به لأنه عيب لا تمكن فيه المعاودة ؟ — الظاهر نعم ، وان لم اره صريحاً ، وليراجع .

تتمة

قال في الهندية : يجب ان يعلم بأن العيب نوعان: ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة فالقروح والعمى والاصبع الزائدة ، وباطن لا يعرفه القاضي بالمشاهدة .

والظاهر انواع : قديم كالاصبع الزائدة ونحوها ، وحديث لا يحتمل الحدوث من وقت البيع الى وقت الخصومة كأثر الجدري ، وحادث يحتمل الحدوث من وقت البيع الى وقت الخصومة كالجراحات وما اشبهها ، وحادث لا يحتمل التقدم على مدة البيع .

واما الباطن فنوعان : نوع يعرف بآثار قائمة كالثابة والحبل والداء في

موضع لا يطلع عليه الرجال ، ونوع لا يعرف بآثار قايمة كالسرقة والاباق والجنون .

فإن كانت الدعوى في عيب ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة، ينظر اليه ، فإن وجده سمع الخصومة . وما لا ، فلا . فإن كان العيب قديماً او حديثاً لا يحدث من وقت البيع الى وقت الخصومة ، كان للمشتري بأن يرده لأنا عرفنا قيامه للحال بالمعاينة ، وتيقنا بوجوده عند البايع اذا كان لا يحدث مثله اولا يحدث في مثل هذه المدة ، الا ان يدعي البايع سقوط حق المشتري في الردّ بالرضى او غيره ، ويكون القول فيه للمشتري مع يمينه ، ثم عند طلب البايع يمين المشتري يحلف المشتري باتفاق الروايات . وعند عدم طلبه ، عامة المشايخ على انه لا يحلف في ظاهر الرواية .

ثم كيف يحلف المشتري ؟ — اكثر القضاة على ان يحلف بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه ، لانصاً ولا دلالة ، وهو الصحيح . وان كان عيباً يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة ويحتمل التقدم عليها او كان مشكلا فالقاضي يسئل البائع أكان به هذا العيب في يده ؟ فإن قال نعم ، كان للمشتري ، حق الرد ، الا ان يدعي البايع سقوط حقه في الرد ، ويثبت ذلك بنكوله او بالبينة فإن انكر ، فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمشتري بينة على كون هذا العيب عند البايع . ونكلوا في تحليفه ، قال مشايخنا : الصحيح انه يحلف بالله ما له حق الرد عليك بهذا العيب الذي يدعيه

وان كان عيباً لا يحتمل التقدم على مدة البيع ، فالقاضي لا يرده على البايع .

واما اذا كان العيب باطناً ، فإن كان يعرف بآثار قايمة في البدن وكان في موضع يطلع عليه الرجال ، فإن كان للقاضي بصارةٌ بمعرفة الامراض ينظر بنفسه ، وان لم يكن له بصارة يسئل عمن له بصارة ويعتمد على قول عدلين ، وهذا احوط ، والواحد يكفي . فاذا اخبره واحدٌ عدلٌ بذلك ، يثبت العيب بقوله في توجه الخصومة ، فيحلف البايع ولا يرد بقول هذا الواحد اه وتمامه فيها في الفصل الرابع في دعوى العيب والخصومة فيه واقامة البينة ، فليراجع .

م ٢

المادة ٣٤ — ﴿ العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البايع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد ﴾

ولو ادعى البايع حدوثه في يد المشتري ، والمشتري قدمه في يد البايع ، فالقول للبايع والبينة للمشتري (كذا في الدر)

رجلٌ اشترى عبداً فوجد به عيباً فانكر البايع ان يكون عنده فأقام المشتري شاهدين شهد احدهما انه باعه وبه هذا العيب ، وشهد الآخر على اقرار البايع بالعيب ، لا تقبل (خانية) ولو ابتاع في صفقتين بأن اشترى نصفه بخمسين ديناراً ثم اشترى منه النصف الآخر بماية دينار وعلم بعيب فيه وقال كان قبل البيعين ، وقال البايع حدث عندك بعدهما ، فالقول للبايع . ولو قال المشتري احلفه في النصف الثاني واتوقف في النصف الاول ، لاني اتيقن بالعيب عند البيع الثاني واشك فيه عند البيع الأول ، له ذلك فإن حلف لزم ، والا يرد ، وله ان يستحلفه بعده في النصف الاول . ولو خاصم المشتري في النصف الاول قبل ان يخاصمه في النصف الثاني بذلك النكول لم يكن له ذلك حتى يخاصم فيه خصومةً مستقبلة . ولو خاصمه في النصفين كان له ذلك ، واقراره بالعيب في النصف الاول اقرار به في النصف الثاني — بخلاف العكس . ونكوله في احدهما ليس بنكول في الآخر . واذا خاصمه في النصفين جميعاً لم يكن على الواحد الا يمين واحدة لأنه جمع بين الدعويين فيكتفي بيمين واحدة كما لو جمع بين الديون في الدعوى . وان نكل لزمه كل العبد . وان حلف في النصف ونكل في النصف لزمه ما نكل ، لا غير . واما اذا كان البايع اثنين فباعا عبداً من رجل صفقةً او صفقتين فمات احدهما وورثه الآخر ثم طعن المشتري بعيب فيه ، ان شاء خاصمه في احد النصفين وان شاء فيهما ، فإن خاصمه في احد النصفين حلفه فيما باعه على البتات ، وفيما باع مورثه على العلم . فإن حلف في احدهما لم يقع

به الاستغناء عن اليمين في النصف الآخر، وان نكل في احدهما لم يكن ذلك لازماً في النصف الآخر . وان جمع بين النصفين في الخصومة فلا يخلو اما ان يكون البيع صفقةً او صفقتين . فإن كان صفقتين حلفه على النصفين، ويجمع بين اليمين بالله تعالى لقد بعته النصف وسلمته وما به هذا العيب ولقد باعه صاحبك نصفه وسلمه ومايعلم به هذا العيب . هذا بالاتفاق . فأما اذا كانت الصفقة واحدةً ، فكذا الجواب عند محمد رحمه الله تعالى . وعند ابي يوسف رحمه الله يكتفي باليمين على نصيبه خاصةً على البتات ، وينوب تلك عن يمينه في النصف الذي باعه مورثه (هندية) .

المادة ٣٤١ ✻ اذا ذكر البائع ان في المبيع عيب كذا وكذا وقبل المشترى مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب ✻

وانما له الخيار بعيب آخر لو ظهر في المبيع ، لأنه انما رضي بما ذكره البائع لا بغيره ، وهو ظاهر

وقوله « مع علمه بالعيب » ليس المراد ان يكون المشتري قد رأى العيب ، فإن هذا ليس بشرط ، بل بمجرد ذكره من البائع اذا رضي به سقط خياره ، كما في التبيين للزيلعي . وانما هو قيدٌ لقوله « وقبل المشتري » لإخراج ما لو كان قبول المشتري قبل ان يذكر البائع العيب ، فإن له الخيار حينئذٍ ما لم يصدر منه ما يسقطه ، تأمل .

وقوله « لا يكون له الخيار الخ » يعني وان لم يشترط البراءة منه صريحاً ، لأن قبول المشتري الشراء بعد ذلك عيب المبيع ، رضاه بالعيب . وكذا ذكر في الدر المختار وحواشيه ما حاصله انه لو قال البائع للمشتري برئت اليك من كل عيب الا اباقه ، بإضافة الاباق اليه ، يكون اخباراً بإباق العبد ويكون المشتري راضياً به قبل الشراء ، فلا يرده بعيب الاباق عنده ، بخلاف قوله الا الاباق ، بـلا

اضافة ولا وصف ، اذ ليس فيه اقرار بإباقه للحال فلم يوجد رضى المشتري به ، فله رده اه .

ثم ان كون البايع قد عين العيب كما يشير اليه قوله « عيب كذا وكذا » انما هو تمهيد لقوله « لا يكون له الخيار » بسبب ذلك العيب ، والا فلو ذكر له البايع عيباً مجهولاً كان الحكم كذلك ، كما لو ذكر ان في المبيع عيباً واحداً ولم يعينه وقبل المشتري ، فإنه لو ظهر فيه عيب واحد ليس له الرد ، بخلاف ما لو ظهر فيه عيبان . قال في الهنديه : اذا اشترى عبدين على ان باحدهما عيباً فوجد بأحدهما عيباً ليس له حق الرد . ولو وجد به عيبين فله حق الرد . وكذلك لو وجد بكل واحد منهما عيباً فله حق الرد . فبعد ذلك ينظر : ان كان ذلك قبل القبض ردهما جيعاً ، وان كان بعض القبض يرد ايهما شاء . وهذا قول محمد رحمه الله تعالى ، فالخيار للمشتري عنده . فإن كان قبض احد العبدين ولم يعلم بالعيب فيه ، ثم علم بالعيب بالعبد الآخر وقبضه مع العلم بالعيب فيه ، ثم علم بالعيب بالذي قبضه اولاً ، كان له ان يرد ايهما شاء . فإن اراد رد الذي قبضه مع العلم بالعيب ، فقال البايع ليس لك ان ترده لأنك رضيت بعيبه حين قبضته مع العلم بالعيب ، لا يلتفت الى قول البايع . وان علم بقيام العيب بالعبدين ثم قبضهما او قبض احدهما ، كان ذلك اختياراً لما اه .

وفيها : اذا اشترى عبداً على ان به عيباً واحداً فوجد به عيبين وقد تعذر رده بموت او ما اشبه ذلك ، فعند ابي يوسف رحمه الله تعالى الخيار للبايع . وقال محمد رحمه الله الخيار للمشتري يرجع بنقصان اي العيبين شاء ، فيقوم العبد وبه العيبان ، ويقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه ، فيرجع بفضل بينهما وكذلك اذا وجد به ثلاثة عيوب وتعيب عنده بعيب زائد حتى تعذر الرد ، يرجع بنقصان العيبين من الثلاثة ، اي ذلك شاء ما عند محمد رحمه الله فيقوم وبه العيب الذي يريد الرجوع بنقصانه ، ويقوم وبه العيوب الثلاثة ، و يرجع بفضل ما بينهما .

وفيها : اذا باع من آخر عبداً على ان لا عيب به ، ولكن تبرء اليه عن عيب واحد ، فاشتراه على ذلك وقبضه ، ثم وجد به عيبين وقد تعذر

رده بسبب من الاسباب ، يرجع بنقصان اي العيبين شاء من قيمته صحيحاً بخلاف ما اذا لم يقل في الابتداء لا عيب به ، فإن هناك يرجع بنقصان اي العيبين من قيمته معيباً بالعيب الآخر اه .

وفي الخانية : ولو باع جارية وقال برئت اليك من كل عيب بعينها ، فإذا هي عوراء ، فإنه لا يبرء وكان له ان يرد . وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب بيدها ، فإذا هي مقطوعة الكف ، لا يبرء لأن البرائة عن عيب اليد والعين يكون حال قيام اليد والعين ، لا حال عدمها وان كانت مقطوعة اصبع واحدة ، يبرئ . وان كانت مقطوعة اصبعين ، فهما عيبان . ولا يبرء اذا كانت البراءة عن عيب واحد باليد .

وفيها : رجل اشترى ثوباً فأراه فيه البايع خرقاً فقال المشتري قد ابرأتك عن هذا الخرق ، ثم جاء المشتري بعد ذلك يريد ان يقبض الثوب من البايع فرأى الخرق ، فقال المشتري ليس هذا مثل ما ابرأتك منه ، كان ذلك شبراً وهذا ذراع ، كان القول في ذلك قول المشتري . وكذلك في زيادة بياض العين . وكذلك لو قال ابرأتك عن هذا البرص ، ثم قال هذا غير ذلك حدث بعد الابراء . ولو شرط البرائة عن عيب واحد او عيبين ، كان ذلك اقراراً بذلك العيب . بيانه : اذا باع عبدين على انه بريء من كل عيب بهذا العبد بعينه وسلمها الى المشتري فاستحق احدهما ووجد المشتري بالآخر عيباً ، لزمه المعيب بحصته من الثمن فيقسم الثمن على العبدين وهما صحيحان لا عيب بهما . فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البايع بحصة المستحق من الثمن . ولو باع عبدين بثمن واحد على انه بريء من عيب واحد بهذا العبد ، ثم استحق احدهما ، فوجد بالذي يبرء عن عيب واحد به عيباً ، فإنه يقسم الثمن عليهما على قيمة المستحق صحيحاً وعلى قيمة الآخر وبه عيب واحد . فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البايع بحصة المستحق من الثمن اه .

المادة ٣٤٢ - ﴿ اذا باع مالاً على انه بريء من كل عيب ظاهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب ﴾

قوله : « ظاهر فيه » هذه زيادة من المترجم لا وجود لها في اصل المادة المترجمة . لأن عبارتها التركية هكذا (بايع بر مالي هر عيب دعوا سندن ذمتي بريء اولمق شرطيله صاتد قده مشتري ايجون خيار عيب يوقدر) وترجمتها الصحيحة « اذا باع ماله بشرط برائة ذمته من دعوى كل عيب فلا يكون للمشتري خيار عيب » وعليها فيدخل في البرائة المذكورة ، العيب الموجود وقت البيع والعيب الحادث بعده قبل القبض ، بخلاف ما لو قال من كل عيب به ، فإنه لا يدخل العيب الحادث بعده قبل القبض . وبخلاف قوله من كل عيب ظاهر فيه ، فإن الغالب انه لا يدخل في البراءة غير العيوب الظاهرة فيه وقت العقد ، فليتأمل .

وعبارة الدر متناً وشرحاً : « وصح البيع بشرط البرائة من كل عيب وان لم يسم » اي لم يذكر اسماء العيوب ، خلافاً للشافعي ، لأن البرائة عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده ، وتصح عندنا لعدم افضائه الى المنازعة . ويدخل فيه الموجود والحادث بعد العقد قبل القبض فلا يرد بعيب . وخصه مالك ومحمد بالموجود كقوله « من كل عيب به » فإنه لا يدخل فيه الحادث اجماعاً . ولو قال « مما يحدث » يعني باع بشرط البرائة من كل عيب به ، وما يحدث بعد البيع قبل القبض ، صح عند الثاني ، وفسد عند الثالث . هذا على رواية المبسوط . واما على رواية شرح الطحاوي فلا يصح البيع بالاجماع . اه بزيادة من حاشية رد المحتار . ونقل الطحطاوي عن الحموي عن شرح المجمع ان الأصح ، وبه قطع الاكثرون ، انه فاسد اه واورد على رواية شرح الطحاوي انه لو ابرأه عن كل عيب ، يدخل الحادث عند ابي يوسف بلا تنصيص ، فكيف يبطله مع التنصيص ؟ واجيب بمنع الاجماع ، لما علمت من رواية المبسوط . ولئن سلم فالفرق ان الحادث يدخل تبعاً لتقرير غرضها ، وكم من كل شيء لا يثبت مقصوداً

ويثبت تبعاً (رد المحتار عن الفتح) . وفي الخانية : ولو تبرء البايع من كل عيب يدخل فيه العيوب والأدواء . وان تبرء من كل داء ، فهو على المرض . ولا يدخل فيه الكي والاصبع الزائده ولا اثر قرح قد بري . اه وقوله « فهو على المرض » اي سواء كان في الجوف او بغيره ، كما هو الموافق لأصل اللغة . وما في التنوير وشرحه لمصنفه من ان الداء يطلق على ما في الباطن اعتماداً على ما هو المعروف في العادة ، فقد رده في رد المحتار بأن عرفنا الآن موافق للغة اه .

اشترى عبداً فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به ، فلم يتفق بينهما البيع ، فوجد مشتريه به عيباً ، فله رده على بايعه بشرطه ، ولا يمنعه من الرد عليه اقراره السابق بعدم العيب ، لأنه مجاز عن الترويج . ولو عينه ، اي العيب ، فقال لا اعور به او لا شلل ، لا يرده لإحاطة العلم به ، الا ان لا يحدث مثله ، كلا اصبع به زائده ، ثم وجدها ، فله رده للتيقن بكذبه . كذا في التنوير وشرحه الدر . قال في الهندية . ولو كان مكان العبد ثوب ، وباقي المسئلة بحالها ، لا تسمع دعواه ولا يرده على بايعه في الوجهين جميعاً . ولو كان العيب مما لا يحدث مثله اصلاً ، او لا يحدث مثله في هذه المدة ، يرد القاضي العبد على بايعه . كذا في المحيط اه ولينظر ما الفرق بين العبد والثوب في ذلك . ولو باع عبداً وتبرء من كل قرح به ، دخل تحته القروح الدامية وآثار قروح قد برءت ، ولا يدخل تحته آثار الكي ، لأن الكي غير القرح (هندية)

المادة ٣٤٣ - ❊ اذا اشترى مالاً وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك . مثلاً لو اشترى حيواناً بجميع العيوب وقال قبلته مكسراً محطماً اعرج معيباً فلا صلاحية له بعد ذلك ان يدعي بعيب قديم فيه ❊

قال في رد المحتار : ولا خصوصية للفظ البراءة من كل العيوب ، بل مثله

كل ما يؤدي معناه . ومنه ما تعورف في زماننا فيما اذا باع داراً مثلاً فيقول بعتك هذه الدار على انها كوم تراب ، وفي بيع الدابة يقول مكسرة محطمة، وفي نحو الثوب يقول حراق على زناد، ويريدون بذلك انه مشتمل على جميع العيوب . فإذا رضيه المشتري لا خيار له لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه .

وكذلك قولهم بعته على انه حاضر حلال ،ويراد بيع هذا الحاضر بما فيه من اي عيب كان سوى عيب الاستحقاق ، اي لو ظهر غير حلال اي مسروقاً او مغصوباً يرجع عليه المشتري ، فهذا كله بمعنى البرائة من كل عيب .

ونظيره ما في البحر : لوقبل الثوب بعيوبه يبرء من الخروق ، وتدخل الرقع والرفواه اي لو كان فيه خرق لا يرده ، وكذا لو وجده مرقوعاً اومرفوءاً . وهو من رفوت الثوب رفواً ، اي من باب قتل ، اي اصلحته .

وسئل العلامة ابراهيم البيري عمن باع امة وقال ابيعك الحاضر المنظور ، يريد بذلك جميع العيوب ، فأجاب ليس للمشتري رد الامة التي ابرأ عن جميع عيوبها اه .

المادة ٣٤٤ — ❊ بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع اذا تصرّف فيه تصرف الملاَّك سقط خياره ❊

اعلم ان خيار العيب بعد روءية العيب على التراخي على المعتمد ، حتى لو امسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد ، يبقى خياره . وكذا لو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد، وكذا لو وجد عيباً ولم يجد البايع لرده فأطعمه وامسكه فإنه يرده على البايع لو حضر ، ولو هلك يرجع بالنقصان وهذا كله اذا لم يوجد من المشتري رضاه بالعيب صريحاً او دلالة ،والا سقط الخيار . فالصريح كقوله رضيت بالعيب المذكور ، او اسقطت خياري ، وما اشبهه . والثاني كقبض المبيع من البايع بعد العلم بالعيب وكذا قبض بعضه لو كان قيمياً، خلافاً لأبي يوسف . واما في المثلي فقبض البعض رضي بالمقبوض فقط ، وله رد ما لم يقبضه . ثم انه لا بد

ج - ٢

للمشتري حين اطلاعه على العيب ان يكون عالماً بأنه عيب كما قدمناه . ففي الخانية : لو رأى بالأمة قرحة . ولم يعلم انها عيبٌ فشراها ثم علم انها عيب ، له ردها ، لأنه مما يشتبه على الناس فلا يثبت الرضى بالعيب اه وقدمنا انه لو كان مما لا يشتبه على الناس كونه عيباً ليس له الرد « كذا في الدر وحواشيه ملخصاً » وفي رد المحتار عن نور العين : قال البائع بعد تمام البيع قبل القبض : تعيب المبيع ، فاتهمه المشتري في اخباره ويقول ان غرضه ان ارد عليه ، فقبضه المشتري ، لا يكون رضى بالعيب ولا تعرفه اذا لم يصدقه . لكن الاحتياط ان يقول له لا اعلم بذلك ، وانا لا ارضى بالعيب. فلو ظهر عندي ارده عليك اه ومن جملة ما يدل على الرضى بالعيب ما ذكره بقوله :

مثلاً لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضى بالعيب فلا يرده بعد ذلك

ولو كان قد عرضه للبيع بأمر البائع بأن قال له اعرضه على البيع فإن لم يشتر منك رده علي . ولو طلب من البائع الاقالة فأبى . فليس بعرض فله الرد . ولو عرض بعض المبيع على البيع او قال رضيت ببعضه ، بطل خيار الرؤية وخيار العيب (رد المحتار)

ومما يدل على الرضى بالعيب اللبس والركوب لحاجة ، ولو كان ركوبه للدابة لينظر الى سيرها ولبسه الثوب لينظر الى قدره وهذا بخلاف خيار الشرط فإن اللبس والركوب لما ذكره لا يبطله . والفرق كما في الذخيرة ان خيار الشرط مشروع للاختبار ، واللبس والركوب مرة يراد به ذلك — بخلاف خيار العيب ، فإنه شرع للرد ليصل الى رأس ماله عند العجز عن الوصول الى الغاية فلا يحتاج الى ان يختبر المبيع .

ومما يدل على الرضى بالعيب ايضاً مداواة المبيع لو كان عبداً او دابةً ، والمداواة به لو كان دواءً . قال في البحر ، المداواة انما تكون رضى بعيب داواه ، اما اذا

داوي المبيع من عيب قد بريء منه البايع وبه عيب آخر فإنه لا يمتنع رده ، كما في الولوالجية اه . وفي جامع الفصولين: شرى معيباً فرأى عيباً آخر فعالج الاول مع علمه بالثاني ، لا يرده . ولو عالج الاول ثم علم عيباً آخر ، فله رده اه قلت :بقي ما لو اطلع على العيب بعد الشراء ولم يكن قد بريء البايع منه فداواه ثم اطلع على عيب آخر ، والظاهر انه يرده ، كما لو رضي بالأول صريحاً ثم رأى الآخر ، اذ قد يرضى بعيب دون عيب ، او بعيب واحد لا بعيبين .

وفي الذخيرة عن المنتقى عن ابي يوسف : وجد بالجارية عيباً فداواها ، فإن كان ذلك دواء من ذلك العيب فهو رضى ، والا فلا — الا ان ينقصها اه ومن ذلك اجارة المبيع وعرضه عليها والمطالبة بغلّته والرهن . اما لو آجره ثم علم بالعيب ، فله نقضها للعذر ، ويرده — بخلاف الرهن ، فلا يرده الا بعد الفكاك .

ومنه ارسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها وحلبه لبنها او شربه . وهل يرجع بالنقصان ؟ قولان : وابتداء سكنى الدار لا الدوام عليها ، وسقي الارض وزراعتها وكسح الكرم والبيع كلاً او بعضا ، والهبة ولو بلا تسليم ، لأنها اقوى من العرض ودفع باقي الثمن ، وجمع غلاّت الضيعة وكذا تركها لأنه تضييع . وليس منه اكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وضرب العبد والدابة ان لم يؤثر الضرب فيه ، ولا الركوب للرد على البايع او لشراء العلف لها او لسقيها حال كون المشتري لابد له من الركوب لعجز او صعوبة . وكذا لو ركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جائياً ، فله الرد ،اي له رده بعد ذلك اذا وجد بينة على كون العيب قديماً . لأن ركوبه بعد العجز ليس دليل الرضى .

وفي الذخيرة : اذا طلاه بعد رؤية العيب او حجمه او جز رأسه ، فليس برضى . ثم ذكر تفصيلاً في الحجامة بين كونها دواء لذلك العيب فهو رضى ، والا فلا . وفيها : امر رجلاً ببيعه ثم علم ان به عيباً ، فإن باعه الوكيل بحضرة الموكل ولم يقل شيئاً ، فهو رضى بالعيب (رد المحتار) .

❋ فروع ❋

الرضى بالقول لا يصح معلقاً ، لما في البحر عن البزازية : عثر على عيب فقال

للبايع : ان لم ارده اليك اليوم رضيت به ، قال محمد القول باطل وله الرد اه — لو قال البايع ركبتها لحاجتك ، وقال المشتري بل لاردها عليك، فالقول للمشتري اه (در) — لو حمل على الدابة ثم اطلع على عيب في الطريق ولم يجد ما يحمله عليه ولو القاه في الطريق يتلف ، لا يكون هذا عذراً . ولو حملها امتنع الرد . والفرق بين هذا وبين ما اذا حملها علفها ، ان علفها مما يقومها اذ لولاه لا تبقى ، ولا كذلك الحمل ، كما في البزازية وجامع الفصولين والذخيرة . والحاصل ان الركوب او التحميل لاجل غرضه دليل الرضى ، وان كان لعذر ، لأن عذره الزمه الرضى بالعيب لأنه لا يعتبر في حق البايع . وبه علم ان ما في الدر ومجمع الانهر عن الفتح ضعيف (افاده في رد المحتار) — لو اشترى عبداً في عينه بياض فسأل بايعه عنه فقال انه من الضرب ويزول الى عشرة ايام ومضت العشرة ولم يزل، لا يرده (هندية) — وفيها: اشترى خشبة ليتخذها مدقة شرط ذلك في البيع فقطعها في الليل واقرانه ليس بها عيب ثم جدد العقد عليها بغير شرط فنظر اليها في النهار فوجدها معيبة كان له ان يردها اه — وفيها :ولو اشترى برزونا فخصاه ثم اطلع على عيب به ، كان له الرد اذا لم ينقصه الخصاء اه - وفيها : ولو اشترى ثوباً فوجده صغيراً لا يمكن قطعه فأراد رده فقال له البايع اره الخياط فإن قطعه والا رده علي فأراه الخياط فإذا هو صغير لا يقطع ، فإن له رده ، وكذا الخف والقلنسوة ، وكذا اذا قضاه دراهم زيوفاً فقال للقابض انفقها فإن راجت عليك والا تردها علي فقبلها على ذلك فلم ترج عليه ، فله ان يردها استحساناً اه وهذا بخلاف ما لو اراد المشتري رد المعيب فقال له البايع بعه فإن لم يشتر منك رده علي ، فإنه لو عرضه على البيع يبطل الرد . والفرق ان الدراهم حيث لم يرض بها لم تكن عين حقه بل مثلها ، فيكون القابض متصرفاً بملك الدافع بإذنه ، فلا يبطل حق الرد . اما المبيع المعيب فهو عين حقه فيكون تصرفه في عرضه على البيع في ملك نفسه ، فيبطل حقه في الرد (خانية مختصراً) — وفي جامع الفصولين : ولو استقال البايع فأبى ان يقبله فليس هذا بعرض على البيع ، فله الرد . ولو ساوم البايع المشتري وقال هل تبيعه مني ، فقال نعم ، بطل حق الرد اه .

ج — ٢

المادة ٣٤٥ ❊ لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري ان يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط ❊

الا اذا رضي البايع ولم يوجد مانع من الرد ، فيخير المشتري حينئذ بين الرد والامساك من غير رجوع بنقصان ، كما سيأتي في المادة (٣٤٨)

ثم ان كان العيب الحادث بفعل المشتري او بفعل المبيع او بآفة سماوية فلا رجوع له على احد بغير نقصان العيب القديم . وان كان بفعل البايع رجع على البايع بشيئين : حصة العيب الاول من الثمن ، وأرش العيب الثاني . وإنْ بفعل اجنبي رجع على الاجنبي بأرش العيب الثاني ، وعلى البايع بحصة العيب الاول من الثمن .

وهذا اذا كان حدوث العيب الثاني بعد القبض كما هو صريح متن المادة . فلو كان قبله ، فان كان بفعل المشتري ، لزمه جميع الثمن وليس له ان يمسكه ويطلب النقصان . وان كان بفعل البايع ، خير المشتري ، سواءٌ وجد به عيباً او لا ، بين اخذه اي مع طرح حصة النقصان من الثمن ، وبين رده وأخذ كل الثمن . وكذا لو كان بفعل المعقود عليه ، فإنه يرده بكل الثمن ، او يأخذه ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه . وان كان بفعل اجنبي يخير ايضاً ، ولكنه اذا اختار الاخذ يرجع بالأرش على الجاني . وان كان بآفة سماوية فإن كان النقصان قدراً ، يطرح عن المشتري حصته من الثمن ، وهو مخير في الباقي اخذه بحصته او تركه ، ككون المبيع كيلياً اووزنياً اوعددياً متقاربا وفات بعض من القدر . وان كان النقصان وصفاً لا يطرح عن المشتري شيء من الثمن ، وهو مخير اخذه بكل ثمنه او تركه . والوصف ما يدخل في المبيع بلا ذكر كشجر وبناء في ارض واطراف في الحيوان وجودة في الكيلي والوزني ، اذ الاوصاف لا قسط لها من الثمن الا اذا ورد عليها

الجنايـة او القبض، يعني اذا قبض ثم استحق شيء من الاوصاف يرجع بحصته من الثمن ·

ثم ان الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري · اما اذا كان بفعل من جهته كذلك ، كأن قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه ثم اطلع على عيب ، فليس له الرجوع بالنقصان (الكل من رد المحتار) ·

ثم انه يستثني من عموم هذه المادة مسئلتان ذكرهما في البحر والاشباه : احداهما بيع التولية ، لو باع شيئاً تولية ثم حدث به عيبٌ عند المشتري وبه عيب قديمٌ ، لا رجوع ولا رد ، لأنه لو رجع صار الثمن الثاني انقص من الاول · وقضية التولية ان يكون مثل الاول · الثانية : لو قبض المسلم فيه فوجد به عيباً كان عند المسلم اليه ، وحدث به عيبٌ عند رب السلم ، قال الامام : يخير المسلم اليه ان شاء قبله معيباً بالعيب الحادث وان شاء لم يقبل ، ولا شيء عليه من رأس المال ولا من نقصان العيب ، لانه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كان اعتياضاً عن الجودة فيكون ربا اه ملخصاً

(مثلاً لو اشترى ثوب قماش ثم بعد ان قطعه وفصله برودا اطلع على عيب قديم فيه فبما ان قطعه وتفصيله عيبٌ حادثٌ ليس له رده على البايع بالعيب القديم بـل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط)

وكذا لو اشترى حديداً ليتخذ منه آلات النجارين وجعله في الكور ليجربه في النار ، فوجد عيباً ولا يصلح لتلك الآلات ، يرجع بالنقصان ولا يرده · ومنه ايضاً بل الجلود والابريسم بالماء ، فإنه عيبٌ آخر يمنع الرد (رد المحتار)

وفي جامع الفصولين : لو حدد سكيناً فرأى عيبه ، فإن حدد بحجر فله الرد ، لا لو حدده بمبرد ، لأنه ينقص منه اه ولو اشترى بعيراً فنحره فوجد امعاءه فاسداً ، لا يرجع (تنوير)

والفرق بين هذه المسئلة ومسئلة قطع الثوب ان النحر افساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنتن والفساد ، ولذا لا يقطع السارق به ، فاختل معنى قيام المبيع كما في النهر . وعدم الرجوع قول الامام . وفي الخانية وجامع الفصولين : لو اشترى بعيراً فلما ادخله داره سقط فذبحه فظهر عيبه ، يرجع بنقصانه عندهما ، وبه اخذ المشايخ ، كما لو اكل طعاماً فوجد به عيباً . ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه ، لا يرجع اه قال في البحر وفي الواقعات : الفتوى على قولهما في الاكل ، فكذا هنا اه قال الخير الرملي : ويجب تقييد المسئلة بما اذا نحره وحياته مرجوة . اما اذا أيس من حياته ، فله الرجوع بالنقصان عند الامام ايضاً ، لأن النحر في هذه الحالة ليس افساداً للمالية ، تأمل اه كذا في رد المحتار .

وفي الخانية : اشترى شيئاً ثم وجده معيباً فرده على البائع ثم علم البائع بعيب حدث عند المشتري ، كان له ان يرد المبيع عليه بهذا العيب ويعطيه نقصان الثمن ، او يمسك المبيع ولا شيء له . ولو حدث به عيب آخر عند البائع بعد الرد ، فيرجع البائع على المشتري بنقصان العيب الذي حدث عنده الا اذا رضي المشتري باسترداد المبيع اه — وفي الهندية : رجل اشترى عبداً وقبضه ثم باعه من البائع فوجد به البائع عيباً قديماً ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، له ان يرده على المشتري الاول اه — وفي الفصول العمادية : اشترى جراب ثوب هروي فوجد المشتري بالثياب عيباً ، وقد كان اتلف الجراب ، في المنتقى له ان يرد الثياب بجميع الثمن . قال رضي الله عنه : وينبغي ان يكون الجواب في الجارية والعبد اذا وجد بهما عيباً بعد ما اتلف ثوبهما كذلك ، وكان له ان يردهما بكل الثمن اه — قلت وينبغي ان يكون الجواب في الدابة اذا وجد بها عيباً بعد ما اتلف جلالها او لجامها كذلك ، وكان له ان يردها بكل الثمن ، وليراجع .

رجل اشترى من رجل داراً فادعى رجل فيها مسيل ماء واقام على ذلك بينة ، فهو بمنزلة العيب : فإن شاء المشتري امسكها بجميع الثمن ، وان شاء ردها . فإن كان قد بنى فيها بناء فله نقضه وليس له ان يرجع بقيمة بنائه (هندية)

وفيها : اشتري سمكة فوجدها معيبة وغاب البايع، ولو انتظر حضوره تفسد ، فشواها وباعها، فليس له ان يرجع بنقصان العيب ، ولا سبيل له في دفع هذا الضرر اه .

وفيها : لو اشترى دقيقاً فلما خبز بعضه وجد مرآ، قال ابو جعفر له ان يرد الباقي بحصته من الثمن ويرجع عليه بنقصان ما خبز منه ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة . قال ابو الليث : وبه نأخذ .

وفيها : اشترى سمناً ذايباً فأكله ثم اقر البايع انه كان وقع فيه فأرة وماتت ، فله ان يرجع بنقصان العيب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، وعليه الفتوى اه

وفيها: المشتري الثاني اذا وجد المبيع معيباً وقد تعذر الرد بعيب حدث عنده فرجع على بايعه بنقصان العيب ، لم يكن لبايعه ان يرجع بنقصان العيب على البايع عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، خلافاً لهما .

قايض ثوراً ببقرة وهي حامل فولدت عند المشتري ووجد الآخر بالثور عيبا فرده على صاحبه، بما ذا يرجع عليه ، بقيمة الثور ام بقيمة البقرة ؟ — قالوا يرجع بقيمة البقرة (كذا في التتارخانية)

ولو اشترى ارضاً فجعلها مسجداً ثم وجد بها عيباً ، فإنه لا يرد في قولهم . واختلفوا في الرجوع بنقصان العيب ، والمختار للفتوى انه يرجع ، كما لو اشترى ارضاً فوقفها ثم علم بعيب ، ذكر هلال انه يرجع بنقصان العيب (خانيه)

المادة ٣٤٦ - ✻ نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار اهل الخبرة الخالين عن الغرض وذلك بان يقوّم ذلك الثوب سالماً ثم يقوم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البايع بالنقصان . مثلاً لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً وبعد ان قطعه وفصله اطلع المشتري على عيب قديم

فيه فقوم اهل الخبرة ذلك الثوب سالمًا بستين قرشاً ايضاً ومعيباً بالعيب القديم بخمسة واربعين قرشاً ، كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة عشر قرشاً ، فيرجع بها المشتري على البائع · ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالمًا ثمانون قرشاً ، ومعيباً ستون قرشاً ، فبما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرون قرشاً ، وهي ربع الثمانين قرشاً ، فللمشتري ان يطالب بخمسة عشر قرشاً التي هي ربع الثمن المسمى · ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالمًا خمسون قرشاً ومعيباً اربعون قرشاً فبما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرة قروش وهي خمس الخمسين قرشاً يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى وهو اثنا عشر قرشاً ✻

قال البزازي : وفي المقايضة ان كان النقصان عشر القيمة ، وجع بنقصان ما جعل ثمناً يعني ما دخل عليه الباء · ولا بد ان يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البايع والمشتري · والمقوم الاهل في كل حرفة اه (رد المحتار) قال في البحر : ويحتاج الى الفرق بين التقويم هنا و في كل موضع فإنهم اكتفوا في تقويم المثليات بتقويم واحد كما في شرح المنظومة اه وقوله في تقويم المثليات : هكذا وجدته في نسختي من البحر · وكذا نقله ابو السعود في حاشيته مسكين عن البحر · لكن في حاشية الطحطاوي عن البحر في تقويم المتلفات : ولعلها هي الصحيحة ·

المادة ٣٤٧ - ✻ اذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجباً للرد على البايع مثلاً لو اشترى حيواناً فمرض عند المشتري ثم ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البايع بل يرجع عليه بنقصان الثمن · لكن اذا زال ذلك المرض كان

للمشتري ان يرد الحيوان للبايع بالعيب القديم الذي ظهر فيه ✲

لأن حق الرد لم يسقط وانما منع منه مانع ، وهو العيب الجديد (رد المحتار) واذا زال المانع عاد الممنوع ، كما تقدم في المادة (٢٤)

ثم اذا كان المشتري قد رجع بنقصان العيب على البايع حين كان الرد ممنوعاً فعليه ان يرده مع المبيع على البايع ويسترد منه الثمن كما في الدر وحواشيه. وعبارة البحر عن المعراج : واذا رجع بالنقصان ثم زال العيب الجديد فله رد المعيب مع النقصان اه قال : ونقل في القنية ثلاثة اقوال: الاول ما ذكرناه من الرد ، والثاني لا يرد ، لأن الرد يسقط والساقط لا يعود. والثالث التفصيل: ان كان بدل النقصان قايماً ثبت له الرد ، والا لا . والذي يظهر ترجيحه هو الاول ، لأن العيب الحادث كان مانعاً من الرد بالعيب القديم ، وقد زال المانع فيعود الرد اه وفي النهر : والاول بالقواعد أليق اه

المادة ٣٤٩ — ✲ اذا رضي البايع ان يأخذ المبيع الذي ظهر فيه عيب قديم بعد ان حدث فيه عيب عند المشتري ولم يوجد مانع آخر للرد لا تبقى للمشتري صلاحية الادعاء بنقصان الثمن بل يكون مجبوراً على رد المبيع الى البايع او قبوله ✲

لأن منع المشتري من الرد بالعيب القديم كما افادته المادة (٣٤٥) انما كان لأجل دفع الضرر عن البايع ، لكون المبيع خرج عن ملكه سالماً عن العيب الحادث . فلو الزمناه به معيباً تضرر ، ولا بد من دفع الضرر عن المشتري ايضاً ، فتعين الرجوع بالنقصان . فإذا رضي البايع به معيباً فقد اسقط حقه ، فصار المشتري مجبوراً على رد المبيع او قبوله معيباً بالعيب القديم بكل الثمن . والحاصل ان الخيار كان للبايع بين ان يدفع نقصان العيب القديم وبين ان يقبله معيباً بالعيب الحادث . فإذا اختار قبوله بالعيب الحادث ، صار الخيار للمشتري بين ان يرده وبين ان يقبله معيباً بالعيب القديم بكل الثمن . هذا حاصل ما في الفتح وغيره قال في رد

المحتار : ثم ان مقتضى « قولهم الا ان يرضى البايع بالضرر» ان المشتري يرجع عليه بكل الثمن كاملاً ، يعني اذا رضي البايع بأخذ المبيع معيباً بالعيب الحادث فعليه رد الثمن للمشتري كاملاً بلا رجوع عليه بنقصان العيب الحادث . قال : وبه صرح القهستاني والعلامة نوح افندي في حاشيته اه مختصراً . لكن ذكر في الهداية انه لو سرق العبد المبيع في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بالسرقتين جميعاً، فعندهما يرجع المشتري بنقصان عيب السرقة الموجود عند البايع ، وهو ربع الثمن . وعند ابي جنيفة الحكم كذلك اذا لم يرض البايع برده مقطوعاً . فإن رضيه كذلك ، رده المشتري ورجع بثلاثة ارباع الثمن ، لأن اليد من الآدمي نصفه في حق الاتلاف، وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما ، فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين، فيسقط ما اصاب المشتري ، فيرجع بالباقي ان رده بأن رضيه البايع وذلك اي الباقي، ثلاثة ارباع ثمنه — وبربعه ان امسكه بأن لم يرض البايع ، لأن نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البايع اه . موضحاً من الفتح . قال، اي في الفتح : وهذا لأن البايع انما قبله اقطع معيباً لامع ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكاين عنده ، بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين ، فإنما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة اه ونقل مثله في الدر اوايل باب خيار العيب عن العيني، وهو صريح بأن البايع اذا قبل برد العيب معيباً بالعيب الحادث ، وهو القطع ، له الرجوع بنقصانه على المشتري . وهذا كما ترى مخالف لما ذكره في رد المحتار عن القهستاني والعلامة نوح افندي ، فلينظر الفرق بين المسئلتين ، تأمل .

* حتى ان المشتري اذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم لا يبقى له حق بان يدعي بنقصان الثمن مثلاً لو ان المشتري قطع الثوب الذي اشتراه وفصله قميصاً ثم وجد به عيباً وبعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البايع لأن البايع له ان يقول كنت اقبله بالعيب الحادث فيما ، ان المشتري باعه كان قد امسكه وحبسه البايع *

يعني ان الرد بعد القطع غير ممتنع برضى البايع ، فإذا باعه المشتري يصير حابساً للمبيع بالبيع فلا يرجع بالنقصان لكونه صار مفوتاً للرد ، بخلاف مالو خاطه قبل العلم بالعيب ثم باعه ، فإنه لا يبطل الرجوع بالنقصان لأن الخياطة مانعة من الرد ، كما يأتي في المادة (٣٥٠) .

والاصل كما في الزيلعي والهندية وغيرهما انه في كل موضع امكن المشتري رد المبيع القائم في ملكه على البايع برضاه او بدونه ، فإذا ازاله عن ملكه ببيع او شبهه ، لا يرجع بالنقصان . وفي كل موضع لا يمكنه رده على البايع ، فإذا ازاله عن ملكه يرجع بالنقصان . قال الزيلعي : ولهذا قلنا ان من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيباً لا يرجع بنقصان العيب ، لأنه صار مملكاً له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد . ولو كان الولد كبيراً رجع بالعيب ، لأنه لم يصر مملكاً له الا بقبضه ، اذ لا ولاية له عليه ، فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الأب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان اه .

ثم ان البيع مثال والمراد به اخراجه عن ملكه فعمّ ما لو وهبه او اقر به لغيره وصالح به على مال ، كما في الجوهرة . قال في رد المحتار : ولا فرق بين ما اذا كان بعد رؤية العيب او قبلها وسواء كان ذلك لخوف تلفه او لا ، حتى لو وجدا لسمكة المبيعة معيبة وغاب البايع بحيث لو انتظره لفسدت ، فباعها ، لم يرجع ايضاً بشيء .

ثم اعلم ان البيع ونحوه مانع من الرجوع بالنقصان سواء كان بعد حدوث عيب عند المشتري او قبله ، الا اذا كان بعد زيادة كخياطة ونحوها ، كما يأتي اه

وقيد باخراجه عن ملكه لأنه لو تصرف به تصرفاً لا يخرجه عن ملكه بأن آجره او رهنه ثم علم بالعيب ، فإنه يرجع بالنقصان ، الا اذا رضي البايع برده اليه معيباً فله اي للمشتري نقض الاجارة ورده بعيبه بخلاف رهنه من غيره فإنه يرده بعد فكه .

ثم ان اخراج البعض عن ملكه كاخراج الكل في مسئلة الثوب المذكورة في متن المادة ، فليس له رد ما بقي لتعيبه بالقطع او الشركة ، وكذا ليس له الرجوع بنقصان الباقي ، كما في رد المحتار عن المحيط والقستهاني . قال : وهذا بخلاف ما لو

كان اثواباً فباع بعضها فإن له رد الباقي اه اي برضى البايع ، والا رجع عليه بنقصانه حيث تعيبت بعيبٍ جديدٍ عند المشتري .

المادة ٣٤٩ -﴿ لزيادة وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته على المبيع تكون مانعة من الرد ،مثلاً ضمّ الخيط والصبغ الى الثوب بالخياطة والصباغة وغرس الشجر في الارض من جانب المشتري مانع من الرد ﴾

لأنه لا وجه للفسخ في الأصل دون الزيادة ، لأنها لا تنفك عنه . ولا وجه اليه معها لحق الشرع لحصول الربا ، فإن الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في حق المعاوضة بلا مقابل ، وهو معنى الربا او شبهته — ولشبهة الربا حكم الربا ، حتى لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي به (كذا في الدر وحاشيته رد المحتار)

واشارت المادة بقولها « وهي ضم شيء من مال المشتري الخ » الى الزيادة المتصلة الغير المتولدة ، ومنها لت السويق بسمن واتخاذ الزيت المبيع صابوناً وخبز الدقيق والبناء في الارض المبيعة . والحكم في هذه الزيادة ، يعني المتصلة الغير المتولدة ، انها تمنع الرد مطلقاً قبل القبض وبعده . ثم ان حصلت الزيادة قبل الاطلاع على العيب ، فله الرجوع بنقصان العيب القديم . وانْ بعده ، فلا رجوع ، كما هو مقتضى عبارة التنوير ، ووجهه ظاهر .

واحترز بالزيادة المتصلة الغير المتولدة عن المتصلة المتولدة كسمنٍ وجمال ، فإنها لا تمنع الرد قبل القبض ، وكذا بعده في ظاهر الرواية ، ومثلها المنفصلة الغير المتولدة كالكسب والغلة والهبة والصدقة فإنها لا تمنع ايضاً مطلقاً . لكن اذا كانت الزيادة قبل القبض ورد المشتري بالعيب ، فالزيادة للمشتري بلا ثمن عنده ، ولا تطيب له . وعندهما للبايع ، ولا تطيب له وبعد القبض تطيب الزيادة للمشتري . واما المنفصلة المتولده كالثمر والأرش والولد واللبن ، فقبل القبض لا تمنع .

ج-٢

فإن شاء ردها ، اي المبيع والزيادة ، ورضى بها بجميع الثمن . وبعد القبض يمتنع الرد ، ويرجع بحصة العيب . وحاصله انه يمتنع الرد في موضعين : في المتصلة الغير المتولدة مطلقاً ، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض . هذا حاصل ما في رد المحتار والبحر والزيلعي .

المادة ٣٥٠ — ※اذا وجد مانع للرد فليس للبايع ان يسترد المبيع ولو رضي بالعيب الحادث※

اذ الفسخ في الأصل بدون الزيادة لا يمكن ، لأنها لا تنفك عنه . ومع الزيادة ايضاً لا يمكن ، لأن العقد لم يرد عليها ، فكذا الفسخ ، اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد ، والا لما كان فسخاً . ولو اخذه البايع لكان رباً على ما بيناه في شرح المادة السابقة (افاده الزيلعي)

※بل يصير مجبوراً على اعطاء نقصان الثمن※

الناشيء عن العيب القديم الذي ظهر بعد الزيادة

※حتى انه بهذه الصورة لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان له ان يطلب نقصان الثمن من البايع ويأخذ منه※

لأن امتناع الرد سابق على البيع بسبب الزيادة ، فتقرر بها الرجوع بالنقصان قبل البيع ، فيبقى له الرجوع بعد البيع ايضاً ، وان كان البيع بعد روءية العيب (افاده في رد المحتار وفي الزيلعي) فإذا امتنع الرد بسبب الزيادة ، فلا تأثير للبيع ، للامتناع قبلها ، فلا يصير به حابساً ، بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا اه ولا تنس الاصل الذي قدمناه في شرح الفقرة الثانية من المادة (٣٤٨) عن الزيلعي والهندية .

﴿ مثلا ان مشتري الثوب لو فصل منه قميصاً وخاطه ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للبايع ان يسترده ولو رضي بالعيب الحادث بل يجبر على اعطاء نقصان الثمن للمشتري . ولو باع المشتري هذا الثوب ايضاً لا يكون بيعه مانعاً له من طلب نقصان الثمن وذلك لأنه حيث صار ضمّ الخيط الذي هو من مال المشتري للمبيع مانعاً من الرد وليس للبايع في هذه الحالة استرداد المبيع مخيطاً لا يكون بيع المشتري حينئذ حبساً وامساكاً للمبيع ﴾

فكان له الرجوع بالنقصان كما ان له ان يرجع بنقصان العيب القديم ولو هلك المبيع في يده ، لأن الملك ينتهي بالموت ، والشيء بانتهائه يتقرر ، فكان ، بقاء الملك قائماً والرد متعذر وذلك موجب للرجوع بالنقصان . قال في النهر: ولا فرق في هذا ، اي هلاك المبيع ، بين ان يكون بعد رؤية العيب او قبلها اه لكن اذا كان الهلاك بعد رؤية العيب لا بد ان يكون قبل الرضى به صريحا او دلالةً ، كما ذكره الخير الرملي ووجهه ظاهرٌ لأنه اذا رأى العيب وقال رضيت به اوعرضه على البيع او استخدمه مراراً ونحو ذلك مما يكون دلالةً على الرضى ، امتنع رده والرجوع بنقصانه موجوداً ، فكذا لو هلك بالاولى . ونظير الهلاك وقف المبيع قبل علمه بعيبه ، فإذا وقف المشتري الارض ثم علم بالعيب ، رجع بالنقصان . وفي جعلها مسجداً اختلاف ، والمختار الرجوع بالنقصان ايضا كما في جامع الفصولين . وفي البزازية :وعليه الفتوى، ومارجع به يسلم اليه لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف اه كذا في الدر وحواشيه رد المحتار — وانما قلنا قبل علمه بعيبه لأن وقفه بعد علمه بالعيب يكون رضىً بالعيب كما لا يخفى .

واحترز بالهلاك عن الاستهلاك، فإنه لو كان المبيع عبداً او دابةً فقتلها اوثوباً فخرقه او طعاماً فأتلفه ثم علم بالعيب ، لا يرجع بالنقصان اتفاقاً ، كما لو باعه او وهبه وسلمه ثم اطلع على العيب ، لما قدمناه في شرح المادة (٣٤٥) من ان الرجوع

بالنقصان انما يثبت اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري ، اما اذا كان بفعل من جهته كذلك ، فلا اه — الا اذا كان المبيع طعاماً فأكله او ثوباً فلبسه حتى تخرق ، ثم اطلع على عيب قديم فيه ، فعندهما يرجع بالنقصان استحساناً ، وعند ابي حنيفة لا يرجع له انه اتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه ، غير انه سقط انتفاء الضمان لملكه ، فكان كالمستفيد به عوضاً كالقتل فإن القتل لم يعهد شرعاً الا مضموناً . وانما سقط عن المالك بسبب الملك فصار كالمستفيد عوضاً ، وهو سلامة نفسه عن القتل لو كان المبيع عبداً وقد قتله عمداً ، والدية لو قتله خطأً ، وعن ضمان القيمة لو كان دابةً ، فكأنه باعه فلا يرجع . ولهما ان المشتري صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به ، فكان كالوقف والاعتاق (افاده في الفتح)

واطعام المشتري الطعام المبيع لعبده او مدبره اوام ولده او دابته ممن ليس اهلاً للتملك كأكله بنفسه ، اذ ليس فيه اخراج عن ملكه ، بخلاف اطعامه ولده او امرأته او مكاتبه او ضيفه فإن ذلك قبل علمه العيب يمنع الرجوع ، كما لو باعه ، لأن في ذلك اخراجاً له عن ملكه بالتمليك ممن ذكر (افاده في الدر وحواشيه وافاد ان الفتوى على قولهما) وفي الفتح عن الخلاصة ان على قولهما الفتوى ، وبه اخذ الطحاوي اه ومثله في الهندية عن المضمرات . وهذا اذا اكل كل الطعام المبيع ، اما لو اكل بعضه ، فعند ابي حنيفة له حكم اكل الكل ، لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل ولا ما بقي ، وعند ابي يوسف يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد ما بقي ، وعند محمد يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما اكل . والفتوى على قول محمد كما نقله في البحر عن الاختيار والخلاصة ، ومثله في النهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبي ، وعليه اقتصر في الدر (كذا في رد المحتار) ثم قال : وهذا كله في اكل البعض ، اما لو باع بعض المكيل والموزون ، فعندهما لا يرد ما بقي ولا يرجع بشيء . وعند محمد يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع ، وعليه الفتوى كما في جامع الفصولين والخانية وغيرهما . والحاصل ان المفتى به انه لو باع البعض او أكله يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل ، لا بنقصان ما باع . والفرق كما في الولوالجية انه الأكل تقرر العقد فتقرر احكامه ، وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع احكامه ، فصار

بمنزلة غلامين قبضهما وباع احدهما ثم وجد بهما عيباً ، يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما باع بالاجماع ، فكذا هنا عند محمد اه وقد نظم العلامة بن عابدين هاتين المسئلتين ليسهل حفظهما فقال :

وان يبع كل المكيل او أكل ثم رأى عيباً فلا رجوع بل
يرجع ان كان لبعض اكلا بنقصه وان يبع بعضاً فلا
وما بقي عن اكل او بيع يرد عند محمد وذاك المعتمد اه

لكن قوله « فلا رجوع » في البيت الاول بالنسبة لبيع الكل صحيح ، اما بالنسبة لأ كل الكل فغير صحيح ، لأن المفتى به قولهما ، وهو الرجوع بالنقصان كما سمعت ، وعليه مشى صاحب التنوير ، فتأمل .

ومنه ما في الدر عن المجتبى : لو كان سمناً ذائباً فأكله ثم اقر بايعه بوقوع فأرة فيه رجع بنقصان العيب عندهما ، وبه يفتى اه وزعم في الدر تبعاً لابن كمال وابن ملك ان الخلاف فيما اذا كان الطعام في وعاء واحد او لم يكن في وعاء ، فإن كان في وعائين فأكل ما في احدهما او باع ثم علم بعيب ، كان له ان يرد الباقي بحصته من الثمن اتفاقاً . وعبارة الخانية تقتضي ما زعمه . لكن ذكر بعده بورقات قبل قول صاحب التنوير « اشترى جارية فوطئها الخ » ما يفيد انه لا فرق بين ما اذا كان الطعام في وعاء او اكثر . ونقل عن العناية انه الاظهر ، وعن البرهان انه الاصح . نعم نقل في رد المحتار عن العلامة قاسم انه رجح ما في الخانيه من رد الباقي بحصته من الثمن ، وقال انه اقيس وارفق ، فتدبر . وقد علمت انه المفتى به .

❋ تنبيهات ❋

الاول : ان التقييد بالأ كل في مسئلة الطعام ، واللبس في مسئلة الثوب ، للاحتراز عن استهلاكه بغير الأ كل واللبس . ففي الذخيرة قال القدوري : ولو اشترى ثوباً اوطعاماً واحرق الثوب واتلف الطعام ثم اطلع على عيب ، لا يرجع بالنقصان بلا خلاف اه فيكون حكمه كالقتل .

الثاني : ان المراد بالطعام كل مكيل او موزون ، كما في الخانية والهندية .

الثالث : ان الأ كل غير قيد ، بل مثله كل تصرف لا يخرجه عن ملكه . ومنه

ما في البحر عن القنية : ولو كان غزلاً فنسجه او فيلقاً فجعله ابريسماً ثم ظهر انه كان رطباً وانتقص وزنه ، رجع بنقصان العيب ، بخلاف ما اذا باع اه وفي الهندية : لو اشترى دقيقاً فلما خبز بعضه وجده مراً ، قال ابو جعفر ، له ان يرد الباقي بحصته من الثمن ويرجع عليه بنقصان ما خبز منه ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة . قال ابو الليث : وبه نأخذ اه

المادة ٣٥١ — ﴿ ما بيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيباً فإن كان قبل القبض كان المشتري مخيراً ان شاء رد مجموعه وان شاء قبله بجميع الثمن وليس له ان يرد المبيع وحده ويمسك الباقي ﴾

لأن الصفقة لا تتم قبل القبض ، بدليل انفساخ البيع برد المبيع بلا قضاء ولا رضاء ، وفي رد المعيب واخذ الباقي تفريقها ، وهو قبل التمام لا يجوز ، كما في الهداية وغيرها .

ثم ان قبض البعض دون الباقي له حكم عدم قبض الكل ، كما في الهداية والكنز وغيرها ، لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع ، وهو اسمٌ للكل (بحر)

وقوله « ما بيع صفقةً واحدةً » يعني فيما اذا كان المبيع متعدداً ، واحترز به عما لو كان كل واحد بعقدٍ على حدة فهو من قسم ما لو كان المبيع واحداً او كيلياً او وزنياً ، فالتفريق في كل واحد لا يجوز ولو بعد قبض الكل ، اذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك كما مر ويأتي . واما تفريق كل واحدٍ من المتعددات عن الآخر فلا مانع منه قبل القبض وبعده ، اذ لا وحدة في الصفقة اصلاً حتى يحترس من تفريقها ، وهو ظاهر .

﴿ وان كان بعد القبض فإن لم يكن في التفريق ضرر كان له ان يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً ﴾

اى من العيب القديم ، وهو حالٌ من الضمير المجرور في « بحصته » والمراد

ان المشتري اذ رد المعيب فله الرجوع على البائع بحصته من الثمن لو كان سالماً ، لا بحصته معيباً .

✻ وليس له ان يرد الجميع حينئذ مالم يرض البائع . واما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن مثلاً لو اشترى قلنسوتين بأربعين قرشاً فظهرت احداها معيبة قبل القبض يردها معاً . وان كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن . بالمئة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن . اما لو اشترى زوجي خف فظهر احدهما معيباً بعد القبض كان له ردها معاً للبائع واخذ ثمنهما منه ✻

لأنه لا يمكن الانتفاع بأحدهما الا بالآخر . فكانا كشيء واحد .

ومن ذلك مصراعا بابٍ وزوجا ثور الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه . وحاصلُ هذه المسائل كلها ما في رد المحتار حيث قال : اعلم ان المبيع لا يخلو من كونه شيئاً واحداً او شيئين كواحدٍ حكماً من حيث لا يقوم احدهما بلا صاحبه ، كمصراعي بابٍ وزوجي خف ، او شيئين بلا اتحاد حكما كثوبين وعبدين .

ثم الحادث في المبيع نوعان : عيب واستحقاق والأحوال ثلاثة : قبل القبض ، وبعده ، وبعد قبض بعضه فقط . اما لو وجد في بعضه عيباً قبل قبض كله وكان العيب موجوداً وقت البيع او حدث بعده قبل قبضه ، فالمشتري مخير بين اخذ الكل بثمنه او رد كله ، لا المعيب وحده بحصته من الثمن . وكذا ليس للبائع ان يقبل المعيب خاصة اذا الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انفساخ البيع بلا رضى ولا قضاء ، الا اذا تراضيا على رد المعيب فقط واخذ الباقي بحصته من الثمن ، فلهما ذلك . ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه او فيما بقي عيباً ، فحكمه حكم الفصل الاول في كل ما مرَّ ، اذ الصفقة لا تتم بعد سواء كان المبيع واحداً او اشياء . ولو قبض كله فوجد ببعضه عيباً قديماً اوحادثاً بين شرائه وقبضه ، فإن كان المبيع واحداً كدار وكرم وارض وثوب ، او كيلياً او وزنياً في وعاء واحدٍ او صبرة واحدة او شيئين كشيء واحد حكماً ، يخير بين اخذ كله ورد كله بدون رد بعضه فقط ،

اذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الاعيان . وان كان شيئين او اكثر بلا اتحاد حكماً كثياب وعبيد ، او كيلياً او وزنياً في اوعية مختلفه ، فللمشتري الرضى به بكل ثمه ، او رد المعيب فقط ، ولا يرد كله الا بتراض ، ولا يرد المعيب الا برضى او قضاء اذ الصفقة تمت فيصح تفريقها فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب ، اذ المبيع دخل في البيع سليماً . وفي خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط وان قبض الكل ، لأنهما يمنعان تمام الصفقة ، فهي قبل تمامها لا تقبل التفريق : وانما قلنا انهما يمنعان تمام الصفقة لان من له خيار الشرط اوالرؤية يرد بلا قضاء ولا رضى ولو قبض الكل ، ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل سواء كان المبيع واحداً او اكثرا جامع الفصولين عن شرح الطحاوي) لكن ما ذكره من التفرقة بين ما اذا كان الكيل والموزون في وعاء واحد واكثر جارٍ على قول محمد ، وفيه كلام سيأتي في شرح المادة التالية واما مسايل الاستحقاق فقد نقلناها عن جامع الفصولين وآخر شرح المادة ٣٣٨ ، فراجعه .

المادة ٣٥٢ — ❋ اذا اشترى شخص مقداراً معيناً من جنس واحد من المكيلات والموزونات وما قبضه ثم وجد بعضه معيباً كان مخيراً ان شاء قبله جميعاً وان شاء رده جميعاً ❋

زيادة « ما » في قوله « وما قبضه » غلط ، من المترجم . فإن المادة عبارتها التركية هكذا (مكيلات وموزوناتدن اولهرق بر شخص بر جنسدن اولمق اوزره اشترا وقبض ايتمش اولديغي مقدار معينك بعضيسي چورك بولسه مخيردر ديلرسه جملهسنى قبول ايدر وديلرسه جمله سنى رد ايدر) اه فالصواب : « وقبضه » ليكون نصاً على المتوهم ، فإنه قبل القبض لا فرق بين المكيلات والموزونات وغيرها من القيميات المتعددة كثوبين وعبدين في انه ليس له رد المعيب وحده لأن فيه تفريق الصفقة قبل تمامها ، وهو لا يجوز كما تقدم ، وانما الفرق بينهما بعد القبض ، فذكر القيميات المتعددة في المادة السابقة والمكيلات والموزونات في هذه ، فافهم .

ثم ان اطلاق هذه المادة يقتضي انه لا فرق في الحكم بين ان يكون المبيع في وعاء واحد او اكثر ، وهو الموافق لعامة المتون كالهداية والكنز والتنوير والغرر والملتقى وغيرها : وعلله في الفتح والتبيين بأن المكيل او الموزون ، اذ كان من نوع واحد ، كشيء واحد حكماً وتقديراً . وان كان اشياء حقيقة ، لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام، اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة ، فكانت الآحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ، فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب . بخلاف الثوبين والعبدين فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لأن افراد المعيب منهما عن الآخر لا يوجب عيباً حادثاً فيه اه ملخصاً . وعبارة متن الملتقى مع شرحه الدر المنتقى : ولو وجد بعض المكيل او الموزون معيباً بعد القبض رد كله او اخذه كشيء واحد - قيل هذا اذا لم يكن في وعائين ، والا فهو كالعبدين ، فيرد المعيب خاصة ، وبه افتى ابو جعفر وابو بكر خواهر زاده (قهستاني عن المحيط) قلت . لكنه خلاف الأظهر ، كما افاده الاكمل في العناية ، وخلاف الأصح كما افاده الشرنبلالي معزياً للبرهان وقد افاده المصنف حيث حكاه بقيل ، فتنبه اه ومثله في الدر المختار . قلت : وكذا حكاه بقيل في الفتح والتبيين والبحر والمنح الدرر وشرح مسكين والعيني وغيرها . وفي الهندية عن المحيط : وان كان المعقود عليه مما يكال ويوزن من ضرب واحد فوجد ببعضه عيباً ، ليس له ان يرد المعيب خاصة سواء كان ذلك قبل القبض او بعده . حكى الشيخ الامام الزاهد احمد الطواويسي انه كان على قياس قول محمد يجب ان يرد بعض المكيل والموزون بالعيب ، وان كان مجتمعاً ، اذا كان التمييز لا يزيد في المعيب عيباً . وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه قال : ما ذكره من الجواب في المكيل والموزون محمول على ما اذا كان الكل في وعاء واحد . واما اذا كان في اوعية مختلفة فوجد في وعاء واحد معيباً ، فإنه يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين والصنفين ، كالحنطه والشعير . وكان يفتى به . ويزعم انه رواية عن اصحابنا ، وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده ومن المشايخ من قال لا فرق بين ما اذا كان الكل في وعاء واحد او اوعية ، ليس له ان يرد البعض بالعيب ، واطلاق محمد في الأصل يدل عليه وبه كان يفتى شمس الائمة السرخسي اه وفي فتح القدير : قيل هذا يعني كونه

يرد الكل اذا كان في وعاء واحد . اما اذا كان في وعائين فإنه يرد العدل المعيب خاصة ، كذا ذكره فخر الاسلام ، قال: لأن تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فإنه اذا كان مختلطاً بالجيد يكون اخف عيباً مما اذا انفرد ، فلو رد كان مع عيب آخر حادث عند المشتري ، بخلاف ما اذا كان في وعائين فرد احدهما بعيبه ، فإنه لا يوجب زيادة عيب . قال الفقيه ابو الليث: هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة ، واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفه ، فإنه روى الحسن بن زياد في المجرد عن ابي حنيفه ان رجلاً لو اشترى اعدالاً من تمر فوجد بعدل منها عيباً فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة ، لأن التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه دون بعض . وذكر الناطفي روايه بشير بن الوليد : لو اشترى زقين من سمن او سلتين من زعفران او حملين من القطن او الشعير وقبض الجميع ، له رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا او ذاك سواء ، اي من نوع واحد . فأما ان يأخذ كله او يترك كله اه اقول : فتحصل لنا من هذه النقول التي سردناها في شرح المادة (٣٥٠) الى هذه المادة ان المكيل والموزون من نوع واحد اذا بيع صفقة واحدة حكمه كالثوب الواحد عند ابي حنيفة وابي يوسف ، فلا يجوز رد بعضه بالعيب دون البعض الآخر عندهما سواء كان المبيع كله باقياً او كان المشتري باع بعضه او اكله . نعم يرجع بنقصان ما اكل وما بقي ، لا بنقصان ما باع عند ابي يوسف ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة . وعند محمد ورواية عن ابي يوسف هو بمنزلة الاشياء المختلفة ، فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدين والثوبين (صرح بذلك في الخانية) فيرد البعض دون البعض الآخر بالعيب مطلقاً ، الا اذا كان تفريق المعيب عن الآخر يزيد في المعيب عيباً . فلو كان الكل في وعاء واحد ووجد بعض الحنطة حباً صغيراً مثلاً واراد ان يغربل ويرد الصغار من الحب الذي هو تحت الغربال ويمسك الباقي ، ليس له ذلك ، كما في الهندية لان تمييز الصغار عن الباقي يوجب زيادة عيب في الصغار . ولو كان الصغار في وعاء على حدة له رده وحده عنده خلافاً لهما . والمتون قاطبة على قولهما في المسئلتين ، اي مسئلتي ما اذا كان المبيع كله باقياً ، ومسئلة ما اذا باع البعض او اكل ، الا صاحب التنوير ،

٢ — ج

فإنه مشى على قول محمد فيما اذا باع او اكل البعض ، وعلى قولهما فيما اذا كان الكل باقياً . واما الشروح فقد اتفقت كلمتها على حكاية قول محمد بقيل فيما اذا كان المبيع كله باقياً ، وعلى كون قوله هو المفتى به ، فيما اذا باع البعض او اكله . وكذلك الفتاوى كالخانية والبزازية والتتارخانية والخلاصة وغيرها . وكأن العلة في اختيار قول محمد في صورة اكل البعض او بيعه دفع الضرر عن المشتري ، لانه لما تعذر رد الكل ببيع بعضه او كله ، فلو الزمناه بأخذ المعيب يتضرر بالتزام ما لم يلتزمه وان رجع بنقصانه على قول ابي يوسف — بخلاف ما اذا كان الكل باقياً ، فأن الضرر يرتفع برد الكل . ولهذا نقل العلامة بن عابدين عن العلامة قاسم في تصحيحه ان قول محمد ارفق وأقيس اه . ولم ارَ من صرح بتصحيح قول محمد فيما اذا كان كله باقياً ، نعم افتى به ابو جعفر الهندواني واخذ به شيخ الاسلام خواهر زاده ، كما قدمناه آنفاً ، ومشى عليه في شرح الطحاوي كما نقلناه في شرح المادة السابقة عن رد المحتار معزياً لجامع الفصولين .

وقد ذكر في الهندية مسئلتين افتى بها ابو جعفر الهندواني آخذاً بقول محمد فقال : قال الفقيه ابو جعفر ، فيما اذا اشترى لفائف ابريسم فوجد بعض ما في كل لفافة معيباً فأراد ان يرد ذلك خاصة بأن يميز المعيب ، فليس له ذلك . ولو وجد لفافة منها كلها معيباً ، كان له ان يرد ذلك ، ويمسك ما لا عيب به ، وكذلك اذا اشترى عدداً من كبة الغزل فوجد في كل واحد شيئاً معيباً ، لا يكون له ان يميز ذلك ويرده خاصة وان وجد بعض الغزل معيباً له ان يرد ذلك ويمسك ما لا عيب به اه

وقد علمت ان المجلة اعتمدت على ما عليه المتون والشروح من اطلاق عدم رد البعض في المكيل والموزون اذا كان كله باقياً فتقييد اطلاقها بما اذا كان المبيع في وعاء واحد مما لا ينبغي . وكون الزيلعي قد صحح ذلك فريبة بلا مرية ، فافهم . واغتنم هذا التحرير المستطاب ، فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب والحمد لله المنعم الوهاب .

﴿ تنبيه ﴾

المراد بالجنس الواحد في قول المجلة «اذا كان من جنس واحد» النوع الواحد .

حتى لو كان المبيع من نوعين جنسهما واحد ، وظهر بأحدهما عيب ، له رد المعيب وحده اتفاقاً ، كما لو كان احدهما تمراً برنياً ، والآخر لبانة ، او احدهما حنطة صعيدية ، والآخر بحرية ، لأنهما نوعان يتفاوتان في الثمن ، والعجين كما لو كان احدهما حنطة ، والآخر شعيراً ، كذا حرره في فتح القدير ، فليراجع .

المادة ٣٥٢ — ✻ اذا وجد المشتري في الحنطة والشعير وامثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فإن كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرف ، صح البيع . وان كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس ، يكون المشتري مخيراً ✻

بين اخذ الحنطة بكل الثمن ، و بين ردها والرجوع به . وليس له حبس الحنطة ورد التراب مميزاً وقوله « صح البيع » اي لزم بلا خيار ، وقوله « بحيث يعد عيباً عند الناس » قيدٌ لقوله « كثيراً » احترز به عما اذا كانت الكثرة فاحشة فإن للمشتري حينئذ ان يأخذ الحنطة وحدها بقسطها من الثمن ، ويرد التراب كما في الخانية ، ولفظها : رجل اشترى حنطة فوجد فيها تراباً ، قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الافضل رحمه الله تعالى : اذا كان التراب مثل ما يكون في الحنطة ولا يعد عيباً عند الناس ، ليس له ان يرد . وان كان يعد عيباً عند الناس الا انه ليس بفاحش ، كان له ان يرد . وان كان التراب . فاحشاً كان الخيار للمشتري ان شاء اخذ الحنطة بقسطها من الثمن ، كما لو اشترى حنطة على انها عشرة اقفزة فوجدها تسعة ، كان له الخيار على هذا الوجه . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا اراد ان يميز التراب فيرد التراب ويمسك الحنطة بقسطها من الثمن ، ليس له ذلك ، لأن الحنطة لا تخلو عن قليل تراب — هذا اذا علم المشتري بذلك قبل التمييز ، فإن كان المشتري ميز التراب من الحنطة فوجد التراب كثيراً يعد ذلك عيباً عند الناس ، ان امكنه ان يخلط التراب بالحنطة ويردها بذلك الكيل على البائع من غير نقصان ، يرد الكل على البائع

ج - ٢

ويسترد الثمن، لأنه ردها كما قبض. وان كان بعد الخلط لا يمكنه بذلك الكيل لانتقاصها بالتذرية، لا يرد لأنه لا يمكنه الرد كما قبض، لكن يمسك من الثمن حصة نقصان الحنطة، الا ان يرضى البايع ان يأخذها ناقصة، فيكون له ذلك اه وقد ذكر في اول كتابه انه يقدم ما هو الاشهر، ويفتتح بما هو الاظهر.

وفيها. لو اشترى مسكاً فوجد فيه رصاصاً كان له ان يميز الرصاص ويرده على البايع بحصته — جعل ابو يوسف رحمه الله تعالى لجنس هذه المسايل اصلاً فقال كل ما يسامح في قليله لا يميز كثيره، وكل ما لا يسامح في قليله كان له ان يميز كثيره. والرصاص في المسك لا يسامح في قليله، فيميز كثيره. ويسامح في قليل التراب، فلا يميز كثيره. وعامة المشايخ اخذوه بهذه الرواية. ولو اشترى نحاس نقرة تخرج منها حجر مثل ما يخرج من النحاس، كان له ان يرد الحجر ويمسك من الثمن بحساب ذلك، الا ان يشاء البايع ان يأخذها كذلك ويرد الثمن، لأن في قليل الحجر لا يسامح في النحاس، فكان له ان يميز الحجر كالرصاص في المسك اه.

المادة ٣٥٤ — * البيض والجوز وما شاكلهما اذا ظهر بعضها فاسداً فما لا يستكثر في العادة والعرف كالاثنين والثلاثة في المائة يكون معفواً. وان كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان للمشتري رد جميعه للبايع واسترداد ثمنه منه كاملا *

قوله « ما شاكلهما » كاللوز والبندق والفستق. وقوله « اذا ظهر بعضها الخ » يعني بعد كسره او بدون كسر. واحترز بالبعض عما اذا ظهر كله فاسداً فإن حكمه سيأتي في المادة الآتية. وقوله « فاسداً » لا ينتفع به اصلاً. وقوله « كالاثنين والثلاثة في المائة » عبارة البحر: القليل الثلاثة وما دونها في المائة، والكثير ما زاد اه اي ما زاد على الثلاثة وفي الفتح: وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز عفواً، قال: لأن مثل ذلك قد يوجد في الجوز، فصار كالمشاهد

عند البيع اه فما فوق الستة في المائة من الجوز كثير .

وقوله: « كان للمشتري رد جميعه للبائع الخ » اي لبطلان البيع في الجميع. اما في الفاسد فلأنه ليس بمال لعدم الانتفاع به . واما في الباقي فلانضمامه الى ما ليس بمال في عقد واحد ، فكان كبيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة . وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وهو الصحيح . وعليه اقتصر في الخانية والهداية . وقالا : يرد الفاسد ويصح العقد في الصحيح الباقي بحصته من الثمن ، لأنه بمنزلة ما لو فصل ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون ، لا على قيمته (افاده في الفتح والتبيين) اي بخلاف العبد مع الحر .

وقيل انه لا خلاف في ان العقد فاسد في الكل . وقيل انه لا خلاف في ان العقد صحيح فيما ليس بفاسد . قال في التبيين : والأول ، اي ثبوت الخلاف بين الأمام وصاحبيه ، هو الاصح اه ومثله في الفتح . وهذا لا يفيد ان قول الامامين هو الأصح . فما في رد المحتار معزياً للفتح من ان قولهما هو الأصح وهم ، فتنبه . نعم نقل مثله عن النهر معزياً للنهاية ، فليراجع . وكان القياس ان يبطل البيع وان كان الفاسد قليلاً . لكن صححوه في القليل استحساناً لأنه لا يمكن التحرز عنه اذ لا يخلو منه قليل فاسد ، فكان كقليل التراب في الحنطة (فتح)

قيدنا الفاسد بكونه لا ينتفع به اصلاً لأنه لو كان ينتفع به بأن يأكله الفقراء ويصلح للعلف يكون البيع صحيحاً ، لكونه حينئذ معيباً لا فاسداً ، فيرجع بنقصان العيب فيما كسر ولا يرده ، لأن الكسر عيب حادث ، الا اذا رضي البايع برده مكسوراً لأنه اسقط حقه . ولا يرد الباقي ايضاً الا اذا قام البينة على ان الباقي معيب . صرح بذلك في الفتح والتبيين والخانية والبزازية .

ومن عيب الجوز قلة لبه وسواده ، كما في رد المحتار عن البزازية . قلت : وينبغي ان يكون منه ما اذا كان القشر صلباً يعسر تخليص اللب منه ، وهو ما يسمونه بالجوز البخيل . واما اذا ظهر البعض معيباً قبل الكسر فله رده لعدم المانع منه ، ما لم يكسره بعد ذلك ، لأن كسره بعد علمه بالعيب ، رضاً منه بالعيب . وكذا اذا ظهر معيباً بعد الكسر . انما يرجع بنقصان العيب اذا لم يأكل منه شيئاً بعد العلم بالعيب ، والا بطل الرجوع بالنقصان لأنه دليل الرضي ايضاً (افاده في رد المحتار وغيره) ثم انه لا يعتبر

في عدم مالية الجوز اذا كان اللب لا ينتفع به صلاح قشره بأن كان في موضع ينتفع به للوقود لأن مالية الجوز قبل الكسر ليس الا باعتبار اللب . فإذا كان اللب لا ينتفع به اصلاً لم يكن محل البيع موجوداً ، فيظهر ان العقد وقع فيه باطلاً ، فيرد القشر ويرجع بالثمن كله . هذا ما اختاره في الهداية .

ومثل الجوز البيض ، الا بيض النعامة ، فإنه اذا وجد فاسداً بعد الكسر يرجع بنقصان العيب . قال في الفتح : وهذا يجب ان يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة باعتبار القشر وما فيه جميعاً اه .

وقيدنا ما شاكل البيض والجوز باللوز والفندق والفستق احترازاً عن البطيخ والرمان والسفرجل والقثاء والخيار والقرع وما اشبهها ، لما في الخانية : رجل اشترى بطيخاً عدداً فكسر واحدة منها بعد القبض فوجدها فاسدة لا ينتفع بها ، كان له ان يرجع بحصتها من الثمن ، ولا يرد غيرها الا ان يقيم البينة على فساد ما بقي . وليس البطيخ في هذا كالجوز ، لأن الجوز شيء واحد اذا كان بعض الجوز فاسداً لا ينتفع به يرد الكل ، وكذا اللوز والفندق والفستق والبيض . واما في البطيخ والرمان والسفرجل والخيار ، لا يرد غير الواحدة الفاسدة اه .

وبما ان اطلاق الزيلعي في التبيين يقتضي ان ما تقدم من الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه جار في القسمين المذكورين ، فالظاهر ان قاضي خان رحمه الله تعالى اختار قول ابي حنيفة في الجوز وما شاكله في بطلان البيع في الجميع ، واختار قولهما في البطيخ وما شاكله ، لأن الاول لما كان كشيء واحد كان بمنزلة ما لو فصل الثمن على قيمته ، فيبطل البيع في الكل ، بخلاف البطيخ وما شاكله فإنه ليس كشيء واحد فكان بمنزلة ما لو فصل الثمن على اجزائه ، فيبطل البيع في الفاسد فقط ، ويصح في الباقي بحصته من الثمن .

والحاصل انه اذا ظهر بعض المبيع من الجوز واشكاله والبطيخ واشكاله فاسداً لا ينتفع به ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يبطل البيع في الكل مطلقاً ، وعندهما يرد الفاسد ويصح في الباقي بحصته من الثمن مطلقاً . واختار قاضي خان قول ابي حنيفة في الجوز وما شاكله ، وقولهما في البطيخ وما شاكله لما تقدم من تعليله وقد قالوا ان قاضي خان من اجل من يعتمد على تصحيحاته لانه فقيه

النفس ، كما في وقف الحامدية . والى اختيار هذا يشير قوله في هذه المادة «البيض والجوز وما شاكلها » فليتدبر .

وقد ظهر لك مما قدمناه انه متى كان بعض المبيع فاسداً لا ينتفع به فلا فرق في بطلان البيع في الجميع عنده ، وفي الفاسد فقط عندهما ، بين ان يكون كسر الكل اوالبعض او لم يكسر شيئاً ، كما هو صريح عبارة الخانية والملتقى وشروحه وغيرها . فمن قيد هذه المادة بقوله « وهذا اذا كان المشتري لم يكسره ، اما لو كسره فوجد بعضه فاسداً رجع بنقصان ما كسر ، ولا يرده ، لأن الكسر عيب حادث الخ» فلم يقف على حقيقة المادة وموضوعها ولا المّ باصول المسئلة وفروعها . هذا غاية ما ظهر لي في تحرير هذا المحل .

المادة ٣٥٥ - ✻ اذا ظهر جميع المبيع غير منتفع به اصلاً كان باطلاً وللمشتري استرداد جميع الثمن من البايع . مثلاً لو اشترى جوزاً او بيضاً فظهر جميعه فاسداً لا ينتفع به كان للمشتري استرداد ثمنه كاملا من البائع ✻ .

ومثل الجوز والبيض في الحكم المذكور البطيخ والرمان والسفرجل والقثاء والخيار والقرع والفاكهة ، كما في الهداية وغيرها . ويستثنى من البيض بيض النعامة كما تقدم . ولا فرق في ثبوت استرداد الثمن بين ما اذا كسره المشتري اولاً وبينما اذا كسره بعد ظهور العيب او قبله ، لانه حيث تبين المبيع فاسداً لا ينتفع به اصلا كان البيع باطلاً اي غير منعقد اصلاً لعدم مالية المبيع . واما ما في الفتح من قوله « بخلاف مالو كسره عالماً بالعيب فإنه لا يرده» ومثله في التبيين وشرح العيني على الهداية ، فذاك فيما اذا كان ينتفع به ، كما سيأتي بعد هذا، بدليل قولهم « عالماً بالعيب » فإنه اذا كان لا ينتفع به اصلاً لا يسمى معيباً . نعم ذكر هذه العبارة عقيب ذكر ما لا ينتفع به اصلاً يوهم خلاف ما ذكرناه ، فليتنبه لذلك .

واحترز بقوله « غير منتفع به اصلاً » عمّا اذا كان ينتفع به ولو علفاً للدواب او لاستخراج دهنه او كان يأكله بعض الناس ، فإن بيعه يكون صحيحاً وللمشتري رده بخيار العيب ، ما لم يكسره عالماً بالعيب ، لأن كسره بعد العلم به دليل الرضى . واما اذا كسره ثم علم بالعيب ، فلا يرده ، لأن الكسر عيبٌ حادث ، بل يرجع بالنقصان – الا ان يتناول منه شيئاً بعد العلم بالعيب ، فلا يرجع بشيء . لأن تناوله بعد العلم به دليل الرضى . قال في الفتح : ولذا قال الحلواني : هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه . فإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء اه قال الزيلعي : وينبغي ان يكون الخلاف السابق فيما لو اكل الطعام جاريا هنا . واعترضه الطحطاوي بأن الخلاف في الطعام ، اذا علم بالعيب بعد الأكل لا قبله اه وجميع هذا قدمناه في شرح المادة السابقة ، لكن لما كانت مسئلة ظهور الكل فاسداً غير مسئلة ظهور البعض ، اعدناه هنا زيادةً في الايضاح ولئلا يتوهم اختلاف هذه الاحكام بين المسئلتين .

❋ الفصل السابع ❋

« في الغبن والتغرير »

المادة ٣٥٦ - ❋ اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم ❋

الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين . هو الصحيح كما في البحر وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلاً ثم ان بعض المقومين يقول انه يساوي خمسة وبعضهم ستة وبعضهم سبعة ، فهذا غبنٌ فاحشٌ لأنه لم يدخل تحت تقويم احد بخلاف ما اذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة ، فهذا غبن يسير اه

(رد المختار) وانما لا يصح بيع الوصي والمتولي ووكيل بيت المال مع مجرد الغبن الفاحش لأن تصرفات هؤلاء منوطة بالمصلحة ، فما لا مصلحة فيه من عقودهم يكون غير صحيح .

وهل هو فاسد او باطل ؟ – قال القاضي علاء الدين المروزي: يبطل البيع حتى لا يملك المشتري المبيع بالقبض . وقال نجم الدين الحليمي: بل يفسد البيع . قلت : فيملك المشتري المبيع بالقبض ويكون على كل من المتبايعين فسخه ما دام المبيع قائماً في يد المشتري (كذا في ادب الاوصياء) قال في البحر: وينبغي ترجيح القول بالفساد ، لانه اذا ملك بالقبض وجبت قيمته ، فلا ضرر على اليتيم والوقف اه قال في رد المحتار بعد نقل ما في البحر : قلت :وينبغي ترجيح القول بالبطلان حيث لزم الضرر بأن كان المشتري مفلساً او مماطلا (تأمل) .

قيدنا بالفاحش لأن بيع هؤلاء بالغبن اليسير صحيح كما في ادب الاوصياء . قال : وان لم يجز ذلك من المريض ، يعني مرض الموت ، الذي عليه دين محيط بماله ، او اذا باع من وارثه شيئاً مع ان الوصي مستمد من المريض . وهذا من اعجب المسائل اه .

ثم اعلم ان الوصي مثلاً لو باع ثم ادعى الغبن الفاحش ، لا تسمع دعواه ، لانه ساع في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه لكن لو ادعى الصغير بعد بلوغه او وصي آخر غير البائع ، تسمع . كذا في الخانية والتبيين للزيلعي في مسائل شتى وغيرهما . لكن في ادب الاوصياء : وفي العدة باع الاب مال طفله ثم ادعى فيه فاحش الغبن ، لم تسمع دعواه . وفي جامع الفتاوى : فينصب الحاكم قيما عن الصبي فيدعيه على المشتري . وقال في موضع آخر منه : هذا اذا اقر الاب بقبض ثمن المثل واشهد عليه في الصك ، اما اذا لم يقر به ولم يشهد عليه بالصك ، او قال بعته ولم اعرف الغبن او قال كنت عرفت ولكن لم اعرف ان البيع لا يجوز معه ، فحينئذ يكون له ان يدعي بعده الغبن اه وفيه ايضاً عن النوازل والخانيه : باع الوصي شيئاً من مال اليتيم ثم طلب منه ذلك الشيء بأكثر مما باع ، يرجع فيه الحاكم الى اهل البصر والخبرة . فان اخبر اثنان منهم ان الثمن الذي باع به الوصي قيمته ، لا يلتفت الى زيادة من زاد ، لما انه عند الحاجة قد يزاد على القيمة

فلعل هذا للاحتياج ، لا لان القيمة ازيد مما باع به الوصي حتى لا يجوز البيع ان كان النقص فاحشاً . وان كانت التركة تباع في السوق بأقل مما تباع في المزايدة ، لا يجب على الوصي بيعه على المزايدة ، بل له ان يعتمد على قول اهل الخبرة ويأخذ بما اجتمع عليه عدلان منهم . وهذا عند محمد . واما على قولهما فقول العدل الواحد كاف فيه . والاثنان احوط ، على ما عرف في التعديل والتعريف . ومثله في فتاوى ظهير الدين الولوالجي والهداية اه .

المادة ٣٥٧ —* اذا غر احد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذٍ *

وكذا لو غره الدلال ، كما في الدر . قال الرملي : مفهومه انه لو غره رجل اجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد .

وبقي ما لو غر المشتري البايع في العقار فأخذه الشفيع ، هل للبايع ان يسترده منه ؟ — ينبغي عدمه لأنه لم يغره وانما غره المشتري ، وتمامه في حاشيته على البحر (كذا في رد المحتار) .

وفيه : ان المشتري ليس بأجنبي لأنه احد المتعاقدين فهو اولى من الدلال ، فالاولى التعليل بأن تملك الشفيع بمنزلة شراء مبتدء ، كما في التنوير وغيره . وسيأتي في المادة (١٠٣٧) وسنذكر في شرح المادة (٣٦٠) ان اخراج المبيع عن ملك المشتري يمنع المغبون من فسخ البيع لأنه بمنزلة الاستهلاك . وفيه كلام سنذكره .

واما لو غر البايع المشتري والمسئلة بحالها ، فليس للشفيع الرد بخيار الغبن مع التغرير ، كما هو ظاهر ، لا على البايع اذ لا عقد بينهما ، ولا على المشتري لانه وان كان تملكه بمنزلة الشراء المبتدء من المشتري الا انه لم يغره . نعم للشفيع ان يرده بخيار عيب او رؤية على المشتري ، كما صرحوا به . وسيأتي في بابها .

ج ـ ٣

تنبيهان

الاول : ذكر في الدر من باب المرابحة والتولية عند الكلام على خيار الغبن والتغرير ما نصه : وقدمنا عن الخانية انه متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر ، فتدبر اه قال محشيه العلامة بن عابدين : كما لو اشترى سويقاً على ان البايع لتّه بمن من السمن وتقابضا والمشترى ينظر اليه فظهر انه لتّه بنصف منّ ، جاز البيع ولا خيار للمشتري . وهو نظير ما لو اشترى صابونا على انه متخذٌ من كذا جرة من الدهن ثم ظهر انه اتخذ من اقل ، والمشتري كان ينظر الى الصابون وقت الشراء ، جاز البيع من غير خيار (ظهيرية) قلت : وكون ذلك مما يعرف بالعيان غير ظاهر ، فليتأمل اه .

وظاهر ذكر هذه المسايل في الدر وحواشيه في مبحث خيار الغبن مع التغرير ان البيع فيهما جائزٌ بلا خيار وان كان مع الغبن الفاحش في الثمن . والظاهر ان الامر كذلك ، فإن صاحب الخانية انما ذكر هذه المسائل في «فصل في الشروط المبطلة» وكذا صاحب الاشباه ذكرها في صدد تعداد المواضع التي لا يبطل فيها البيع بالشرط ، فأفاد ان البيع في هذه المسايل ، وان ظهر فيها المبيع دون ما شرط البايع ، الا انه حيث عاينه المشتري حين الشراء والقبض وكان ما شرطه مما يعرف بالعيان ، فالبيع يكون فيها صحيحاً بلا خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب ، لانتفاء الغرور بالمشاهدة والعيان . وهذا لا يقتضي انه لو وقع البيع بالغبن الفاحش ، والمسئلة بحالها ، لا يثبت خيار الفسخ به مع التغرير . فإن مسئلة الفسخ بخيار الغبن مع التغرير غير مسئلة الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه ، كما لا يخفى . ولا يقال ان قول صاحب الخانية «فإذا عاينه انتفى الغرور الخ» يفيد ان الغرور بالمعاينة ينتفي ، وحيث انتفى لم يبق الا الغبن وحده بلا تغرير ، وهو لا يثبت به حق الفسخ وحده على الصحيح المفتى به ، لأنا نقول ان الغرور الذي انتفى بالمعاينة في عبارة الخانية انما هو المثبت لخيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه ، واما التغرير الذي اذا انضم الى الغبن الفاحش يثبت به للمغبون الخيار ، فهو موجودٌ لأن من لازم كون السويق ملتوتاً بمنّ من سمن مثلاً ان تكون قيمته زايدة عما لت بنصفه ،

فهو كما اذا غره البايع بقوله انه يساوي كذا فأخذه بناء على ذلك . ولا تنس ما قدمناه عن العلامة بن عابدين من ان كون ما ذكر مما يعرف بالعيان غير ظاهر اه فافهم .

الثاني : ذكر في الخانية : ولو اشترى ثوبًا على انه سدامي فإذا هو خماسي خير المشتري ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك ، لأن هذا اختلاف نوع لا اختلاف جنس فلا يفسد البيع ، وانما يخير لأنه وجد دون ما شرط اه ثم ذكر فيها ايضًا : ولو اشترى قميصًا على انه اتخذ من عشرة اذرع وهو ينظر اليه فاذا هو من تسعة، جاز البيع ولا خيار للمشتري ، لما قلنا من ان هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه انتفى الغرور اه قال في رد المحتار قبيل باب خيار الرؤية : ويشكل على هذا، اي على مسئلة القميص ، مسئلة السدامي اه — قلت : يرتفع الاشكال بحمل مسئلة السدامي على ما اذا لم ينظر اليه المشتري فيثبت الخيار لفوات وصف مرغوب فيه لأنه وجد دون ما شرط ، بخلاف المسئله الثانية ، فإنه لما اشترى وهو يرى المبيع ، فقد رضي بحالته المرئية ، فلا عبرة لما شرطه . تأمل .

المادة ٣٥٨ — ❊ اذا مات من غرَّ بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه ❊

هذا ما استظهره العلامة محمد بن عبدالله التمرتاشي صاحب التنوير في منحه تشبيهًا له ، اي لخيار التغرير ، بخيار الرؤية والشرط ، لأن كلاً منها مجرد ارادة ومشيئة ، فلا تنتقل . وجزم به العلائي في الدر، ورجحه في رد المحتار بأن خيار التغرير اشبه بخيار ظهور الخيانه في المرابحة ، فكان الحاقه به اولى من الحاقه بالوصف المرغوب . وقد جزم في البحر ان خيار الخيانة في المرابحة لا يورث ، فكذا ما كان به اشبه اه وفي رد المحتار عن السايحاني تأييد كونه كخيار الشرط لا يورث ، بأن الكل لدفع الخداع . فاذا كان خيار الشرط الملفوظ به لا يورث، فكيف بغير الملفوظ مع كونه مختلفًا فيه ؟ اه .

ومقابل هذا ما بحثه الخير الرملي تبعاً للقدسي من انه يورث كخيار العيب . ولو مات الغار قبل ان يقيم المغرور دعواه بالغبن والتغرير ، فللمغرور ان يقيمها على وارثه . وبه افتى شيخ الاسلام علي افندي (افاده البعض) .

المادة ٣٥٩ — ✻ المشتري الذي حصل له تغرير اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه ✻

كما لو عرض المبيع للبيع او لبسه او ركبه لحاجة ، الى غير ذلك مما تقدم بسطه في شرح المادة (٣٤٤) فليراجع .

قال في الانقروية نقلاً عن حاوي القنية : ولو تصرف المشتري المغبون في المبيع تصرف الملاك بعد ما عرف الغبن فيه ، لا يرده . ولو تصرف فيه تصرف الامانة، يرده به اه .

والظاهر ان التقييد بالمشتري في متن المادة وفي عبارة الانقروي اتفاقي ، والا فان الحكم واحد لو تصرف البائع المغرور في الثمن العين بعد ما عرف الغبن ، فتدبر .

المادة ٣٦٠ — ✻ اذا هلك او استهلك المبيع الذي صار في بيعه غبن فاحش وغرر او حدث فيه عيب او بني مشتري العرصة عليها بناء لا يكون للمغبون حق ان يفسخ البيع ✻ .

بل يلزمه المبيع بجميع الثمن في الروايات الظاهرة ، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن ، كخيار الرؤية والشرط ، وفيها يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ ،

فكذا هنا – بخلاف خيار العيب ، لأن المستحق فيه جزءٌ فائتٌ يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه . وتمامه في الفتح .

واعلم ان هذا الحكم وهـذا التعليل انما ذكروه في خيار ظهور الخيانة في التولية والمرابحة . لكن لما كان خيار التغرير اشبه بذلك كما قدمناه عن رد المحتار والبحر وغيرها ، حتى ذكر في المنح عن تحفة الفقهاء ان المغبون اذا غرّ انما ثبت له الرد والفسخ استدلالاً بمسئلة المرابحة ، فافادان خيار التغرير في حكم خيار الخيانة في المرابحة ،فكان ما يذكر من الحكم في احدهما جارياً في الآخر . ولذا اعتمدت عليه هذه المجلة كما ترى .

وانما امتنع الفسخ في صورتي الهلاك والاستهلاك لامتناع الرد بسبب عدم قيام المحل ، وهو المبيع ،ولأن الفسخ لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد ،والا لما كان فسخاً . فإذا هلك ما ورد عليه العقد فقد تعذر الفسخ . وفي صورة حدوث العيب ، لأن في الرد اضراراً بالبايع لكون المبيع خرج عن ملكه سليماً من العيب ، فيتضرر برده اليه معيباً ، وفي صوره البناء في العرصة ، لأن البناء زيادةٌ متصلة غير متولدة ، وهي تمنع من الفسخ ، اذ لا وجه للفسخ في الأصل دون الزيادة لأنها لا تنفك عنه ، ولا وجه اليه معها ، لحق الشرع ، لحصول الربا فإن الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل ، حتى لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي به ، كما تقدم في خيار العيب .

ثم ان مثل الاستهلاك كل تصرف من المشتري فيه اخراجٌ للمبيع عن ملكه ، لما ذكرنا من عدم قيام المحل ، بخلاف تصرف ليس فيه ذلك ، كبيعه بخيار له او اجارته او رهنه ، فإنه غير مانع من الفسخ والرد بعد فسخ الاجارة او فك الرهن . نعم لو آجر او رهن مثلاً بعد ان اطلع على الغبن يسقط حق الفسخ ، لدلالته على الرضى كما تقدم .

ثم الظاهر ان خروج المبيع عن ملك المشتري بتملك الشفيع له كإخراجه عن ملكه لتصريحهم بأنه كشراء مبتدء فيمتنع الفسخ بعده ، كما تقدم .

وقيد بهلاك كل المبيع او استهلاكه لأنه لو استهلك بعضه قبل علمه بالغبن، وكان المبيع مثلياً ، لا يكون استهلاك البعض مانعاً من خيار الفسخ ،فيرد

مثل ما اتلفه مع الباقي ، ويرجع بكل الثمن على الصواب . كذا في الدر عن القنية ، وعبارتها كما في رد المحتار : قال لغزال « لا معرفة لي بالغزل فأتني بغزل اشتريه» فأتى رجل بغزل مملوك لهذا الغزال — ولم يعلم به المشتري ، فجعل الغزال نفسه دلالاً بينهما واشترى ذلك الغزل بأزيد من ثمن مثله ، وصرف المشتري بعضه الى حاجته ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وانه فعل ذلك تغريراً به ، فله ان يرد الباقي بحصته من الثمن . قال رضي الله عنه : والصواب ان يرد الباقي ومثل ما صرف في حاجته ، ويسترد جميع الثمن . كمن اشترى بيتاً مملوءاً من بر ، فإذا فيه دكان عظيم ، فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل انفاق شيء منه ، وبعده يرد الباقي ومثل ما انفق ويسترد الثمن . كذا ذكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اه قال في الدر : بقي ما لو كان قيمياً — لم اره اه قال محشيه الطحطاوي : ولو قيل في القيمي ان يحسب قيمته وينظر فإن كان الربع يسقط عنه بحسابه ويستدل على قيمته بما بقي منه ، لكان لموجه ، وليحرر اه وقوله « ويستدل على قيمته الخ» يعني انما يستدل على قيمة ما استهلك بما بقي ، ثم اذا بلغت قيمة الهالك مثلاً ربع قيمة الباقي ، يرد المشتري الباقي من المبيع ، ويسترد ثلاثة ارباع الثمن . فقوله « يسقط عنه » اي عن البايع . والحاصل اذا هلك بعض المبيع ، له رد الباقي سواء كان مثلياً او قيمياً ، كما يقتضيه اطلاق عبارة متن التنوير حيث قال: وتصرفه ، اي المشتري ، في بعض المبيع غير مانع منه اه اي من الخيار ، فكان كما لو اكل بعض المثلي او باعه ثم ظهر فيه عيب ، او اشترى عبدين او ثوبين فباع احدهما ثم رأى في الباقي عيباً ، له رد ما بقي عندها ، بخلاف الثوب الواحد ، كما تقدم .

ثم ان كان المبيع مثلياً فقد نص في القنية على انه يرد الباقي مع مثل ما استهلك ، ويسترد جميع الثمن ، وان كان قيمياً فكيفية الرد غير منصوص عليها ، فهل يكون الهالك من المبيع مضموناً على المشتري بقيمته المغبونة فيكون ما لحق الهالك من الغبن قد تحمله المشتري ، او بقيمته الحقيقية فيكون ما لحق الهالك من الغبن قد تحمله البايع ؟ — مال الطحطاوي الى الاول ، ولعل الثاني اوجه ، لما علمته في المثلي من ان الصواب ان يرد الباقي ومثل ما اتلف . فالغبن الذي لحق الهالك في المثلي انما تحمله البايع ، وهكذا ينبغي ان يكون في القيمي . وهذا اذا كان القيمي ثوبين او عبدين

٢ — ٢ع

فهلك احدهما . اما لو كان ثوباً واحداً مثلاً فاستهلك بعضه فإنه يمتنع الرد لحدوث عيب فيه عند المشتري ، وهو عيب الاشتراك ، فليتدبر .

﴿ الباب السابع ﴾

﴿ في بيان انواع البيع واحكامه وينقسم الى ستة فصول ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في بيان انواع البيع ﴾

اعلم ان انواع البيع على ما ذكرناه في هذا الفصل موافقاً لما في البحر خمسة ، لأنه اما باطل ، وهو ما لم يكن مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، وحكمه عدم افادة الحكم — وهو الملك — قبضه المشترى او لا .

وفاسد ، وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ، وحكمه افادة الحكم عند القبض ، لا بمجرده .

وصحيح وهو ثلاثة : نافذٌ لازم ، وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ، ولا خيار فيه . وحكمه افادة الحكم ، وهو الملك للحال .

ونافذٌ ليس بلازم ، وهو ما كان مشروعاً كذلك ولم يتعلق به حق الغير ، وفيه خيارٌ .

وموقوف ، وهو ما كان مشروعاً كذلك وليس فيه خيار لكن تعلق به حق الغير .

وحكم هذين افادة الحكم في الجملة ، بمعنى انه يثبت به الملك موقوفاً على الإجازة في الثاني ، وعلى اسقاط الخيار في الأول . وما ذكرنا من ادخال الموقوف تحت الصحيح هو احد طريقين للمشايخ ، فهو قسم من الصحيح ، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإنه ، اي الصحيح ، ما افاد الملك من غير توقف على القبض ،

ولا يضر توقفه على الاجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على اسقاطه . ومنهم من جعله قسما للصحيح ، وعليه مشى الزيلعي ، فإنه قسم البيع الى صحيح وباطل وفاسد وموقوف (افاده في البحر) ولا ينافيه جعل الموقوف قسماً للصحيح في المادة (١٠٦) لأن ذاك تقسيم للبيع المنعقد ، لا لأصل البيع ، تأمل .

المادة ٣٦١ — ﴿ يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من اهله اي العاقل المميز واضافته الى محل قابل لحكمه ﴾

ركن البيع ، كما في الفتح ، الفعل الدال على الرضى بتبادل الملكين من قول او فعل ، فيشمل الايجاب والقبول الدالين على التبادل ، او ما يقوم مقامهما من التعاطي . وقوله « الدال على الرضى » اي بالنظر الى ذاته ، وإن كان ثم ما ينافي الرضى كاكراه (افاده في رد المحتار) ومحله المبيع .

وقد اشارت هذه المادة الى بيان شروط انعقاد البيع ، وهي اربعة انواع ، كما في البحر : في العاقد وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي المعقود عليه .

فشرايط العاقد اثنان: العقل والعدد . فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ، كما سيأتي في المادة التالية . ولا وكيل من الجانبين ، لأن الواحد لا يتولى العقد من الجانبين ، كافي الخانية — الا في مسايل ذكرناها في شرح المادة (١٦٨) فلتراجع . ولا يشترط في العاقل البلوغ ولا الحرية ، فيصح بيع الصبي او العبد لنفسه موقوفاً على اجازة وليه ، ولغيره بوكالة نافذاً ولا الاسلام والنطق والصحو ، فيصح بيع الأخرس باشارته المعهوده ، كما مرّ في الماده (١٧٤) بشرط ان تكون مقرونة بتصويت منه ، كما ذكرناه في شرح المادة المذكورة ، فلتراجع . وصح بيع السكران وشراؤه .

وشرط العقد اثنان ايضاً : (١) موافقة الايجاب للقبول ، فلو قبل غير ما اوجبه او بعضه او بغير ما اوجبه او ببعضه ، لم ينعقد الا في الشفعة بأن باع عبداً وعقاراً فطلب الشفيع العقار وحده (٢) وكونه بلفظ الماضي .

وشركاه مكانه واحد وهو اتحاد المجلس ·

و شرط المعقود عليه ستة : كونه موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه · وكون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه · وكونه مقدور التسليم ، فلم ينعقد بيع المعدوم ، وما له خطر العدم كاللبن في الضرع وكالحمل في الثمر قبل ظهوره ، وهذا العبد فإذا هو جارية · ولا بيع الحر والمدبر وام الولد والمكاتب ومعتق البعض والميتة والدم ، ولا بيع الخمر والخنزير في حق مسلم وكسرة خبز لان ادنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ، ولا بيع الكلاء ولو في ارض مملوكة له ، والماء في نهر او بئر ، والصيد والحطب والحشيش قبل الاحراز ، ولا بيع ما ليس مملوكاً له · وان ملكه بعده ، الا السلم والمغصوب ، لو باع الغاصب ثم ضمن قيمته وبيع الفضولي ، فإنه منعقد موقوف ، وبيع الوكيل ، فإنه نافذ · ولا بيع معجوز التسليم ، كالآبق والطير في الهواء والسمك في البحر بعد ان كان في يده ، فصارت شرايط الانعقاد احدى عشر (افاده في البحر)

وقول العلامة ابن عابدين في حاشيته عليه وعلى الدر : وصوابه تسعة ، غير صواب كما ترى · نعم شرط كون الملك للبايع فما يبيعه لنفسه ، مبنيٌّ على الرواية الضعيفة في بيع الفضولي انه اذا باعه لأجل نفسه يكون باطلاً ، والصحيح خلافه كما سيأتي ، وعليه فتكون شروط الانعقاد عشرة · قال في رد المحتار : ويزاد شرط سابع في شروط المعقود عليه اذا لم يرياه ، وهو الإشارة اليه او الى مكانه كما مر في خيار الرؤية اه — وليس بشيء ، لأنه من شرايط الصحة كما يأتي ، لا من شرايط الانعقاد · وارجع الى ما ذكر متناً وشرحاً في الفصل الأول من الباب الثاني ·

المادة ٣٦٢ ❊ البيع الذي في ركنه خلل كبيع المجنون باطل ❊

في هذه المادة اشارة الى شرطي الانعقاد بالنسبة الى العاقد ، وهما العقل والعدد · فالكاف في قوله « كبيع المجنون » ليست للاستقصاء ، فمثل المجنون

الصبي الغير المميز ، ومثل بيعهما شراؤهما . ومثلها بيع الوكيل من الجانبين لفقد شرط العدد في العاقد ، كما علمت آنفاً ، فهو خللٌ في الركن ايضاً .

وقيدنا الصبي بكونه غير مميز لأن المميز ينعقد بيعه وشراؤه موقوفاً على اجازة وليه ان كان لنفسه ، ونافذاً بلا عهدة ان كان لغيره بطريق الولاية كما في (ط) على الدر ، وتقدم آنفاً . قال في رد المحتار : وانما يتوقف بيع الصبي المميز وشراؤه لنفسه اذا لم يكن بغبن فاحش ، والا لم يتوقف ، لأنه حينئذ لا يصح من وليه عليه ، فلا يصح منه بالأولى اهـ .

المادة ٣٦٣ — ﴿المحل القابل لحكم البيع عبارةٌ عن المبيع الذي يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالاً متقوماً فبيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل﴾

تشير هذه المادة الى شرايط الانعقاد بالنسبة الى المعقود عليه ، وهي ستة كما علمت اول هذا الباب ، ذكر منها هنا اربعة كما ترى ، وبقي اثنان : الاول كونه مملوكاً في نفسه ، لإخراج نحو بيع الكلاء والماء في نهر او بئر . والصيد والحطب قبل الاحراز . ترك استغناء عنه بقوله « متقوماً » لان المراد به معناه العرفي ، وهو كونه محرزاً كما حققناه في شرح المادة (٢١١) فخرج به ما لم يكن محرزاً كسمك لم يصد وكلاء لم يحرز وماء في نهر او بئر . ويؤيده اطلاق قوله « باطل » اي في حق المسلم وغيره ، بخلاف ما اذا اريد به اي بالمتقوم معناه الشرعي وهو ما يباح الانتفاع به ، لإخراج نحو الخمر والخنزير والميتة بنحو الخنق ، فإن بطلان البيع فيها انما يظهر في حق المسلم فقط .

والثاني كون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، ترك ايضاً لكونه مبنياً على الرواية الضعيفة كما تقدم في شرح المادة (٣٦١) وسيأتي في شرح المادة (٣٦٥)

وبقي ايضاً من شروط الانعقاد ثلاثة ، اثنان بالنسبة الى العقد ، وهما موافقة الايجاب للقبول و كونه بلفظ الماضي ، وواحد بالنسبة الى مكان العقد ، وهو اتحاد

ج ـــ ٢

المجلس . استغنى عن ذكر الاولين اعتماداً على المادة (١٦٩) والمادة (١٧٧) وما يليها وعن ذكر الأخير اعتماداً على المادة (١٨٢)

﴿ تنبيــه ﴾

ما خرج بهذه القيود من المبيوعات الباطلة قد تقدمت مفصلة في الفصل الثاني من الباب الثاني من كتاب البيوع ، اعنى في المادة(٢٠٥ وما يليها من المواد ،فلتراجع مع شروحها .

المادة ٣٦٤ — ﴿ اذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض اوصافه الخارجة كما اذا كان المبيع مجهولاً او كان في الثمن خلل صار البيع فاسداً ﴾

قد علمت ان البيع الفاسد ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه . واعلم ان شرايط صحة البيع خمسة وعشرون ذكرت في هذه المادة اجمالاً ، وهي على ما في البحر عامة وخاصة .

فالعامة لكل بيع شروط الانعقاد المارّة لأن ما لا ينعقد لا يصح ، ولا بعكس . فإن الفاسد عندنا منعقد . وعدمُ التوقيت ،فإن اقته لم يصح ، بخلاف الاجارة ، فإن التأقيت شرطها . ومعلوميةُ المبيع ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة ، فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع وبيع الشيء بقيمته او بحكم فلان . وخلوه عن شرط مفسد ، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يجر العرف به وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، كاشتراط حمل البهيمة واختلفت الروايات في اشتراط حمل الجارية ، ورجح بعضهم ان الشارط له ان كان البايع صح ، لأن حمل الجارية عيب ، فكان تبرياً منه . وان كان المشتري ليتخذها ظئراً ، فسد . وكاشتراط الأجل في المبيع المعين والثمن المعين وانما يجوز في الدين . والرضى فيفسد بيع المكره وشراؤه ، وكذا بيع التلجئة . ويملك الأول بالقبض دون الثاني . والفائدة ، فيفسد بيع ما

لا فائدة فيه وشراؤه ، كبيع درهم بدرهم استويا وزناً وصفة .

واما الخاصة ، فمعلومية الأجل في البيع بثمن مؤجل ، ففسد ان كان الأجل مجهولاً . والقبض في بيع المشتري المنقول . وفي الدين ، ففسد بيع الدين قبل قبضه كالمسلم فيه ورأس المال ، وبيع شيء بدين على غير البائع ، بخلاف ما اذا كان على البائع . وكون البدل مسمى في المبادلة القولية ، فإن سكت عنه فسد وملك بالقبض ، وإن نفاه بطل لانعدام احد ركنيه ، كما في الجوهرة والدر . والمماثلة بين البدلين في اموال الربا . والخلو عن شبهة الربا . ووجود شرايط السلم فيه . والقبض في الصرف قبل الافتراق . وعلم الثمن الأول في مرابحة وتولية واشتراك ووضيعة .

وقولنا خمسة وعشرون مبنيٌّ على ما في البحر من ان شروط الانعقاد احد عشر وعلى ما ذكرناه من اسقاط شرط كون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه ، لكونه مبنياً على الرواية الضعيفة ، تكون اربعة وعشرين .

﴿ تتمة ﴾

نقل الفاضل بن عابدين في حاشيته على البحر عن جواهر الفتاوى : رجل له على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم الى شهر ، لا يجوز ، لان هذا بيع الكالي بالكالي ، يعني الدين بالدين ، وقد نهينا عنه . وان باعها ممن عليه ونقد المشتري الثمن في المجلس ، جاز ، فيكون ديناً بعين اه وفي البزازية : له عليه حنطة اكلها فباعها منه نسيئة ، لا يجوز — اقول : ومثله الزيت وكل مكيل وموزون . ومثل البيع الصلح والحيلة في جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة ، ان يبيعها بثوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم الى اجل — اقول : وتجري هذه الحيلة في الصلح ايضاً وهي واقعة الفتوى . ويكثر وقوع ذلك ، فاستفده اه مختصراً .

ج-٢

المادة ٣٦٥ = ❊ يشترط لنفاذ البيع ان يكون البايع مالكاً للبيع او وكيلاً لمالكه او وليّه او وصيه وان لا يكون في البيع حق آخر ❊

اعلم انه يشترط لنفاذ البيع بعد ان يكون منعقداً صحيحاً شرطان : الملك او الولاية ، وان لا يكون في المبيع حقٌ لغير البايع . والولاية اما بانابة المالك كالوكالة ، او الشارع كولاية الاب ثم وصيه ثم الجد ثم القاضي ثم وصيه . ولا ينفذ بيع مرهون ومستأجر . وللمشتري فسخه ان لم يعلم ، لا ارتهن ومستأجر . افاده في رد المحتار ، ويأتي . وقد افادت هذه المادة ان بيع ما لا يملكه البايع منعقد سواء باع ذلك لاجل مالكه ، وهو مبنيٌ على الرواية الصحيحة ، خلافاً لما تقدم عن البحر ، حيث جعل كون الملك للبايع في ما يبيعه لاجل نفسه شرطاً للانعقاد فإنه مبني على الرواية الضعيفة كما في حاشية بن عابدين على البحر عن الرملي .

وقال في المنح : ويشكل على ما قاله شيخنا ، يعني صاحب البحر عن البدايع ، ما قالوه من ان المبيع اذا استحق لا ينفسخ العقد في ظاهر الرواية بقضاء القاضي بالاستحقاق ، وللمستحق اجازته . وجه الاشكال ان البايع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق ، مع انه توقف على الاجازة . ويشكل عليه ايضاً بيع الغاصب فإنه يتوقف على الاجازة . فالظاهر ضعف ما في البدايع ، فلا ينبغي ان يعوّل عليه لمخالفته لفروع المذهب اه — ثم ذكر في الهنديه وجامع الفصولين وغيرهما : باع ملك غيره فشراه من مالكه وسلم الى المشتري ، لم يجز ، والبيع باطلٌ لا فاسد . وانما يجوز اذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى ان الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك ، جاز بيعه اما لو شراه المالك من مالكه او وهبه له او ورثه منه ، لا ينفذ بيعه قبله . ولو غصب شيئاً وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب ، جاز بيعه ، لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اه فتأمل

ج - ٢

المادة ٣٦٦ = ﴿ البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض يعني يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذٍ ﴾ .

قوله « الفاسد » خرج به الباطل ، فإنه لا يفيد الحكم ، وهو الملك عند القبض ، كما تقدم ويأتي . وقوله « يصير نافذاً الخ » معناه انه يعامل معاملة الصحيح النافذ من افادته الحكم ، وهو الملك عند القبض ، لا انه كان موقوفاً فصار نافذاً . ولهذا اتى بقوله « يعني الخ » .

والمراد بالجواز بقوله « جائزاً » الصحة والنفاذ ، لا الحِل ، اذا لا يحل له اكله ولا لبسه ولا وطؤها ولا ان يتزوجها منه البايع ، لأنه ملكه ملكاً خبيثاً حراما .

ثم ان نفاذ تصرف المشتري به مقيّدٌ بما اذ لم يكن فيه خيارٌ للبايع فلو كان فيه لا يجوز للمشترى حينئذٍ ان يتصرف فيه ، لانه يمنع الملك في الصحيح ، فكذا في الفاسد (بحر) وسيأتي في الفصل الثاني لهذا زيادة بيان .

المادة ٣٦٧ = ﴿ اذا وجد في البيع احد الخيارات لا يكون لازما ﴾ .

يعني انه يشترط للزوم البيع بعد اجتماع شرايط الصحة والنفاذ شرطٌ واحد ، وهو خلوه من الخيارات الاربعة المشهورة . ويزاد خيار الكمّية وخيار الغبن اذا كان فيه غرور ، وخيار استحقاق بعض المبيع القيمي مطلقاً ، والمثليّ قبل القبض ، وخيار الخيانة في المرابحة ، وخيار نقد الثمن وعدمه ، وخيار كشف الحال ، وخيار وصفٍ مرغوب فيه ، وخيار اجارة البيع الفضولى ، وخيار هلاك بعض المبيع

فهي ثلاثة عشر . وقد صارت جملة الشرايط ستة وسبعين . فشرايط الانعقاد احد عشر ، وقول الفاضل ابن عابدين في حواشيه على الدر والبحر « صوابه تسعة » لم يظهر لي وجهه . وشرايط النفاذ اثنان . وشرايط الصحة خمسة وعشرون . وشرط اللزوم واحد بعد اجتماع الكل . فعلى هذا شرايط اللزوم تسعة وثلاثون (كذا في البحر) وقوله « ستة وسبعين » صوابه « سبعة وسبعين » لأن شرايط الانعقاد والنفاذ والصحة ثمانية وثلاثون ، وشرايط اللزوم مع هذه المذكورات مع زيادة الخلو من الخيارات ، فصارت سبعه وسبعين . لكن قد علمت سقوط شرط واحد من شرايط الانعقاد ، وهو كون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه ، لابتنائه على الرواية الضعيفة . فيسقط من شرايط الانعقاد واحد ، ومن شرايط الصحة واحد ، ومن شرايط اللزوم اثنان ، فتصير جملة الشرايط مع التداخل ثلاثة وسبعين ، وبلا تداخل سبعة وعشرين ، لأن شرايط الانعقاد عشرة ، وشرايط الصحة ما عدا شرايط الانعقاد اربعة عشر ، وشرط النفاذ اثنان ، وشرط اللزوم ما عدا ما ذكر واحد ، فهي سبعة وعشرين لا بد من اجتماعها كلها للزوم البيع . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل .

ثم ان معنى كون المبيع غير لازم اذا وجد فيه احد الخيارات ، ان من له الخيار له ان يفسخ البيع وان يمضيه . حتى لو اختار امضاءه باسقاط خياره يصير البيع لازماً ، وان كان الامضاء بعد هلاك المبيع والبايع مثلاً . وهذا بخلاف ما اذا كان البيع موقوفاً ، فإن الاجازة لا تلحقه بعد هلاك واحد مما ذكر ، بل يبطل البيع كما سيأتي . فمن قال في شرح هذه المادة « بل يبقى موقوفاً حتى سقوط الخيار » لم يفرق بين البيع الموقوف والبيع الغير اللازم ، فافهم .

المادة ٣٦٨ — ※ البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفا على اجازة ذلك الآخر ※ .

يعني ان بيع ما يتعلق به حق الغير نوعان : الاول ، ان يبيع ملك الغير ،

كبيع الفضولي والثاني ان يبيع ملك نفسه مشغولاً بحق الغير .

فالنوع الأول حكمه انه ان كان له وقت العقد من يقدر على اجازته من مالك او ولي كأب وجد ووصي وقاض ، ينعقد موقوفاً على اجازة من يملك ذلك العقد . ولو كان هو العاقد نفسه فلو باعه بلا اذن ثم اجاز بعد وكالته ، جاز استحساناً . ولو باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياً له ، صح استحساناً . ولو باع الصبي مال نفسه بلا اذن وليه ، توقف على اجازة وليه ما دام صبياً . ولو بلغ قبل اجازة وليه فأجاز بنفسه ، جاز ، ولم يجز بنفس البلوغ بلا اجازة . اما لو باع الصبي ما له بمحاباة فاحشة ، او شرى شيئاً باكثر من قيمته فاحشاً ، او عقد عقداً مما لو فعله وليه في صباه لم يجز عليه ، فهذه كلها باطلة ، وان اجازها الصبي بعد بلوغه لم تجز ، لأنه لا مجيز لها وقت العقد . ولم تتوقف على الاجازة الا اذا كان لفظ اجازته بعد بلوغه مما يصلح لابتداء العقد (افاده في جامع الفصولين وغيره) اقول : ومنه لو باع صبي لا اب له عقار نفسه بلا مسوغ من المسوغات الشرعية ، فإنه باطل ولا يقبل الاجازة ، اذ لا مميز له وقت العقد ، بخلاف ما لو كان له اب فإنه ينعقد موقوفاً على اجازته ، لأن الاب يملك ذلك فتصح اجازته من الصبي بعد بلوغه .

وفي جامع الفصولين : المالك اذا اجاز بيع الفضولي يترتب عليه احكام التوكيل بالبيع ، حتى لو حط من الثمن ، ثم المالك اجاز البيع ، يثبت البيع والحط ، سواء علم المالك الحط او لم يعلم . الا انه اذا علم بالحط بعد الاجازة يثبت له الخيار . والفقه فيه ان يصير بالاجازة كوكيل ، ولو حطه الوكيل لا يتمكن الموكل من مطالبة المشتري به ، كذا هذا اه .

وهذا كله في بيع الفضولي . اما شراؤه ، فلا يتوقف اذا وجد نفاذاً على المشتري . حتى لو اشترى حر بالغ لرجل بلا امره ، فهو لنفسه ، اجاز الرجل اولا . ولو لم يجد نفاذاً عليه ، يتوقف على اجازة من شراه له كصبي وقن محجورين اذا شريا لغيرهما يتوقف ، فإن اجاز جاز ، وعهدته على المجيز لا العاقد . وهذا لو اضاف العاقد العقد الى نفسه ، واما لو اضافه الى من شرى له بأن قال بعته من فلان وقبله ، فإنه يتوقف على فلان ، كما في البحر والدر وجامع الفصولين .

واعلم ان شراء الفضولي على اربعة وجوه : الأول ان يضاف العقد الى المشتري

له في الكلامين ، اي الايجاب والقبول ، بان يقول البايع بعت هذا لفلان بكذا ، والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا ، او قبلت ولم يقل لفلان ، فهذا يتوقف .

الثاني: ان يضاف العقد في احدهما ولا يضاف في الكلام الآخر لا له ولا لغيره ، بأن يقول البايع بعت هذا من فلان ويقول الفضولي اشتريت ، او يقول الفضولي اشتريت هذا لفلان ويقول البايع بعت ، وهذا ايضاً يتوقف .

الثالث: ان يضاف العقد في الكلامين الى الفضولي بأن يقول البايع بعت هذا منك فيقول الفضولي اشتريت او قبلت ، ونوى ان يكون لفلان ، فإنه ينفذ على المشتري .

الرابع: ان يضاف العقد في احد الكلامين الى فلان وفي الكلام الآخر لغيره ، بأن يقول اشتريت لفلان بكذا والبايع يقول بعت منك ، او يقول البايع بعت لفلان فيقول المشتري اشتريت لنفسي ، فإن العقد يبطل في اصح الروايتين ، لأن الكلام الثاني لا يصلح قبولاً للايجاب ، لأن المخاطب رد الايجاب لغيره فلا يكون جواباً ، فكان شطر العقد . هذا حاصل ما حرره في رد المحتار — قلت: ومن الوجه الثالث ما في الفتح : قال اشتريته لأجل فلان فقال بعت ، او قال البايع ابتداء بعته منك لأجل فلان فقال اشتريت ، لم يتوقف ، لأنه وجد نفاذاً على المشتري ، لأنه اضيف اليه ظاهراً وقوله «لاجل فلان» يحتمل لاجل شفاعته او رضاه اه . ثم انه في صورة ما اذا كان البيع نافذاً على المشتري لو اشهد انه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت ، فالعقد للمشتري ، لانه اذا لم يكن وكيلاً بالشراء وقع الملك له ، فلا اعتبار بالاجازة بعد ذلك ، لانها انما تلحق الموقوف لا النافذ . فإن دفع المشتري اليه المشتري واخذ الثمن ، كان بيعاً بالتعاطي بينهما . وان ادعى فلان ان الشراء كان له و انكره المشتري ، فالقول لفلان ، لان الشراء بإقراره وقع له (كذا في البحر عن البزازية)

ثم انه يشترط لانعقاد البيع الفضولي ثلاثة شروط : الأول ان لا يبيعه من نفسه لأنه يكون مشترياً لنفسه ، وقد تقرر ان الواحد لا يتولى الطرفين في البيع (ذكره في المنح)

الثاني: ان لا يجعل فيه خيار الشرط لمالكه في بيع الفضولي ، وللمشتري له في شرائه بأن قال بعتك هذا بشرط الخيار لمالكه الى ثلاثة ايام مثلاً ، او اشتريت

هذا لفلان بكذا على ان فلاناً بالخيار الى ثلاثة ايام ، فإنه لا يتوقف بل يبطل ، كما في قاضي خان ومنيته المفتي (افاده في رد المحتار) وعلل بطلانه استظهاراً بأن خيار الشرط ورد به النص على خلاف الاصل ، وفائدته التروي دفعاً للغبن . ومن وقع له عقد الفضولي يثبت له الخيار بلا شرط غير مقيد بمدة ، فكان اشتراط الخيار له ثلاثة ايام فقط ، مخالفاً للنص ، لأنه لا فائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة ، فلذا لم يتوقف على الاجازة ، بل بطل لضعف عقد الفضولي ، وان كان الشرط الفاسد يقتضي الفساد لا البطلان اه .

وقوله « بقصر المدة » اي تحديدها اذا كانت مدة الخيار اكثر من ثلاثة ايام بناء على قول الامامين الذي اعتمدت عليه المجلة ، كما في شرح المادة (٣٠٠) من ان مدة خيار الشرط يجوز ان تكون اكثر من ثلاثة ايام . وانما قيدنا الخيار المبطل لبيع الفضولي بكونه خيار الشرط لانه هو المنصوص عليه في الاشباه وغيرها . واما خيار اجازة بيع الفضولي اوفسخه فقد ذكر في النهر بحثاً ان اشتراطه لا يبطل البيع بل يلغو الشرط ، واقره في رد المحتار ، وعلله بقوله « لأنه اذا كان للمالك الخيار في ان يجيز العقد او يبطله يكون اشتراطه لا فائدة فيه ، فيلغو . وحيث لم يكن منافياً للعقد فينبغي ان لا يبطله » اه .

الشرط الثالث: ان لا يكون البدلان من العروض لمالك واحد ، كما اذا كان لرجل فرس وحمار فغصب زيد الفرس وعمرو الحمار ، ثم باع زيد الفرس من عمرو بالحمار فأجاز المالك البيع ، لم يجز ، كما في البحر .

قال : لأن فايدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف ، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد ، فلم ينعقد فلم تلحقه اجازة . واما لو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم اجاز المالك ، جاز ، لان النقود لا تتعين في المفاوضات ، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب (كذا في رد المحتار عن الفتح)

وكذا لو غصبا العرضين كالفرس والحمار من رجلين وتبايعا واجاز المالكان ، جاز ، وصارت الفرس لصاحب الحمار والحمار لصاحب الفرس ، وعلى غاصب الحمار قيمة الحمار لصاحبه وعلى غاصب الفرس قيمة الفرس لصاحبه (هندية)

﴿ تتمة ﴾

٢—٢

ومما يدخل في بيع مال الغير ما ذكره في جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البايع من آخر بأكثر ، فأجاز المشتري،لم يجز ،لأنه بيع ما لم يقبض اه اي لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، فاعتبر بيعاً من جانب المشتري قبل قبضه . وظاهره انه يبقى على ملك المشتري الأول : وهذا اذا كان المبيع منقولاً ، اما اذا كان عقاراً فيصح البيع وتلحقه الاجازة ، لان بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما وهو الصحيح خلافاً لمحمد، فهو عنده كبيع المنقول (افاده في رد المحتار)

النوع الثاني: ان يبيع ملك نفسه مشغولاً بحق الغير ، كالرهن اذا باعه الراهن من غير المرتهن ، والعين الموجرة اذا باعها الموجر من غير المستأجر ، وكالأرض في مزارعة الغير اذا باعها المالك من غير المزارع كما اذا دفع ارضه مزارعة مدة معلومة على ان يكون البذر من العامل وزرعها او لم يزرعها فباع صاحب الارض ارضه ، يتوقف بيعه على اجازة المزارع لأنه في حكم المستأجر للارض . اما لو كان البذر من المالك فينفذ البيع لو لم يزرع لان المزارع اجير له . ولو زرع لا ، لتعلق حق المزارع (افاده في جامع الفصولين ومثله في الدر وحواشيه) وكبيع الاشجار المساقى عليها اذا باعها مالكها من غير المساقي ، فإنه يتوقف على اجازة المساقي، كما في تنقيح الحامدية عن الذخيرة . وحكم هذا النوع ان كلاً من المرتهن والمستأجر والمزارع يملك الإجازة دون الفسخ ، بخلاف النوع الأول ، وهو بيع الفضولي ملك الغير ، فإن المالك فيه يملك كلاً من الإجازة والفسخ . وقيل المرتهن يملك الفسخ كالمالك ، لكن في حاشية الرملي على جامع الفصولين ان الأول هو الصحيح ، وعليه الفتوى اه .

وفي الخانية: لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الاجازة ، نفذ البيع السابق . وكذا المرتهن اذا قضى دينه اه .

وفي جامع الفصولين عن الذخيرة : البيع بلا اذن المستأجر نفذ في حق البايع والمشتري ، لا في حق المستأجر . فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع

ولا حاجة الى التجديد ، وهو الصحيح . ولو اجازه المستأجر نفذ في حق الكل. ولا ينزع من يده حتى يصل اليه ماله ، اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الاجارة لا للانتزاع من يده .

وعن بعضنا أنه لو باع وسلم واجازها المستأجر بطل حق حبسه ، ولو اجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اه .

وفي رد المحتار : وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ، واما المشتري فله خيار الفسخ وان علم وقت البيع بالاجارة او الرهن ، وهذا قولهما ، وهو الصحيح ، وعليه الفتوى خلافاً لابي يوسف اه ولو بيع المستأجَر من مستاجره و كذا الرهن من مرتهنه ، لا يتوقف كما علم مما ذكرنا ، وبه صرح في جامع الفصولين .

وفيه : باع المستأجر ورضي المشتري ان لا يفسخ الشراء الى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البايع ، فليس له مطالبة البايع بالتسليم قبل مضيها ، ولا للبايع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم اه ملخصاً .

❊ تنبيه ❊

اوصل البيع الموقوف في النهر الى نيف وثلاثين صورة كما في الدر ، ذكرنا منها هنا ست صور ، وهي بيع الفضولي وبيع المأجور وبيع المرهون وبيع الأرض في مزارعة الغير وبيع الأشجار المساقي عليها ، وبيع البايع المبيع بعد القبض من غير المشتري او قبله اذا كان عقاراً ذكرناه عن رد المحتار نقلاً عن جامع الفصولين ومنها بيع العبد والصبي المحجورين موقوف على اجازة المولى والاب والوصي . — — ومنها بيع الرشيد موقوف على اجازة القاضي ، وكذا شراؤه — ومنها البيع برقمه اي بما كتب عليه ، وبما باع فلان والمشتري لا يعلم ، على العلم في المجلس وبمثل ما يبيع الناس ، وبمثل ما اخذ به فلان ، على العلم فيه ايضاً — ومنها بيع المالك المغصوب على اقرار الغاصب او البرهان بعد انكاره ، والوكيل بشراء عبد مثلاً اذا اشترى نصفه على شراء الباقي قبل الخصومة ، والوكيل ببيعه اذا باع نصفه ، على بيع الباقي قبل الخصومة ، عندهما وعند الامام نافذ — ومنها بيع نصيبه من مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على اجازة شريكه ، كما ذكروه في الشركة — ومنها بيع ما في تسليمه ضرر كبيع جذع من سقف موقوف على

تسليمه في المجلس – ومنها بيع المريض مرض الموت عيناً من اعيان ماله لبعض ورثته موقوف على اجازة الباقي ولو كان بمثل القيمة عند الامام – ومنها بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على اجازة الغرماء – ومنها بيع الوارث التركة المستغرقة بالدين موقوف على اجازة الغرماء – ومنها الوكيل اذا وكل بلا اذن ولا تعميم فعقد الثاني ، توقف على اجازة الاول – ومنها احد الوكيلين اذا باع بحضرة صاحبه توقف على اجازته فإن اجازه جاز ، بخلاف ما اذا كان غايباً فإنه لا ينفذ بإجازته كما ذكره الزيلعي – ومنها بيع المولى اكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على اجازة الغرماء – ومنها احد الوصيين اذا باع بحضرة الآخر . وكذا احد الناظرين اذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر توقف على اجازة الآخر ، اخذاً من الوكيلين ، ولم ارهما الآن صريحا – ومنها بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف كما ذكره الزيلعي (الكل من البحر) – ومنها بيع الصبي بشرط الخيار موقوف على بلوغه في المدة – ومنها البيع بما حل به او بما يريده او بما يحب او برأس ماله او بما اشتراه ، فإنه يتوقف على بيانه في المجلس كما تقدم نظيره ، كذا في رد المحتار . وعد منها في التنوير تبعاً للبحر البيع الذي فيه خيار المجلس واعترض بأنه ان كان المراد منه خيار القبول بعد ايجاب الآخر فليس مما نحن فيه لأن البيع الموقوف انما يكون بعد الايجاب والقبول . وان كان المراد خيار الشرط المقدر في المجلس فليس ايضاً من البيع الموقوف لأن هذا البيع نافذ غير لازم ، تأمل .

❊ الفصل الثاني ❊

(في بيان احكام انواع البيوع)

المادة ٣٦٩ = ❊ حكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكاً للمبيع والبايع مالكاً للثمن ❊ .

لكن على التفصيل الآتي بيانه ، وهو ان الملكية تثبت بمجرد العقد اذا استجمع البيع شرايط الانعقاد والصحة واللزوم والنفاذ ، وعند القبض اذا فقد منه

شرط من شرايط الصحة ، وعند اسقاط الخيار اذا فقد شرط اللزوم ، وعند الا جازه اذا فقد شرط النفاذ ٠

ثم ان هذا هو الحكم الاصلي للبيع المنعقد ، واما الحكم التابع فكون المبيع مضموناً اذا قبضه المشترى لا امانةً ٠ واما وجوب تسليم المبيع والثمن ووجوب استبراء الجارية على المشتري وملك الاستمتاع بها ،ثبوت الشفعة لو عقاراً وعتق المبيع لو محرماً من المشتري ، فهي احكامٌ تابعة للبيع المستجمع لشرايط الصحة واللزوم والنفاذ كما يأتي في شرح المادة (٣٧٤) فافهم ٠

وحكمة مشروعية البيع بقاء نظام المعاش والعالم ، فإنه سبحانه وتعالى خلق العالم على اتم نظام واحكم امر معاشه احسن احكام ، ولا يتم ذلك الا بالبيع والشراء اذ لا يقدر واحدٌ ان يحمل لنفسه كل ما يحتاجه لانه اذا اشتغل بحرث الارض وبذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته وتذريته وتنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على ان يشتغل بيده ما يحتاج ذلك من آلات الحراثة والحصد ونحوه فضلاً عن اشتغاله فيما يحتاجه من ملبس ومسكن ، فاضطر الى شراء ذلك ، ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر او بالسؤال ان امكن ، والا قاتل صاحبه عليه ، ولا يتم مع ذلك بقاء العالم (افاده في رد المحتار) ٠

المادة ٣٧٠ — ✽ البيع الباطل لا يفيد الحكم اصلاً فاذا قبض المشتري المبيع باذن البايع في البيع الباطل كان المبيع امانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدٍ لا يضمنه ✽ ٠

وذلك لأن العقد اذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك ، وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدي ٠ وهذا ما مشى عليه في متني التنوير والدرر ٠ وقيل : يكون مضموناً ، واختاره السرخسي وغيره لأنه لا يكون ادنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ، وهو قول الائمة الثلاثة ٠ وفي القنية : انه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب ٠ وقيل الاول قول ابي حنيفة ، والثاني قولهما : وقد حكى

القولين في الهداية ومتن الملتقى مع تأخير الثاني فليراجع ٠

المادة ٣٧١ = ✹ البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض يعني ان المشتري اذا قبض المبيع باذن البايع صار مالكاً له فاذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان ٠ يعني ان المبيع اذا كان من المثليات لزمه مثله واذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه ✹ ٠

الكلام على هذه المادة من وجوه : اولاً : ان افادة البيع الفاسد الحكم عند القبض مقيد بما اذا لم يكن في البيع خيار الشرط، لأن خيار الشرط يمنع الملك في الصحيح ، فكذا في الفاسد (بحر) قال في رد المحتار : ويوضحه قول الخانية : ويثبت خيار الشرط في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجايز ، حتى لو باع عبداً بألف درهم ورطل من خمر على انه بالخيار ثلاثة ايام وقبض المشتري العبد واعتقه في الايام الثلاثة ، لا ينفذ اعتاقه ٠ ولو لا خيار الشرط للبايع لنفذ اعتاق المشتري بعد القبض اه (مدايحاني) ومفاده صحة اعتاقه بعد مضي المدة لزوال الخيار ، وهو ظاهر (كذا في رد المحتار) ٠

ثانياً : تخصيص القبض بالذكر ربما يشير الى ان التخلية في البيع الفاسد لا تكفي ، وهو الذي صححه في المجتبى والفصول العمادية ٠ وصحح في الخانية انها تكفي ، واختاره في الخلاصة (بحر) ٠

ثالثاً : قوله « عند القبض » فيه اشارة الى ان القبض يشترط حدوثه بعد البيع ٠ فلو كان مقبوضاً في يد المشتري قبل البيع كما اذا باع الاب ملكه من طفله فاسداً او اشترى ملك طفله لنفسه ، كذلك لا يثبت الملك للطفل في الصورة الاولى ، ولا للاب في الصورة الثانية بقبضه السابق ما لم يستعمل الاب المبيع ، لأن قبضه حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث ٠ ولا يلزم في صورة البيع لطفله ان يكون الاستعمال في حاجة طفله كما في رد المحتار ، لأن

المطلوب قبضٌ حادث وهو يتحقق بمطلق الاستعمال ، فافهم . وكذا لو كان المبيع مقبوضاً في يد المشتري قبض امانة كالوديعة والمستعار والمرهون اذا اشتراه المودع والمستعير والمرتهن شراء فاسداً ، فإن قبضهم السابق لا يملك به المبيع بل لا بد من قبض حادث وذلك بالاستعمال باذن البايع صريحاً او دلالة ، على ما سيأتي توضيحه . نعم اذا كان القبض السابق قبض ضمان ، كالمغصوب اذا اشتراه الغاصب ، وكالمقبوض على سوم الشراء اذا اشتراه القابض ، فإنه ينوب عن القبض الحادث ويملك به المبيع بمجرد البيع فاسداً ، لأنه اذا تجانس القبضان بأن كان كلٌ منهما قبض ضمان ، ينوب احدهما عن الآخر — كقبض المغصوب مثلاً ينوب عن قبض المبيع لأن كلاً منهما مضمونٌ بالقيمة او المثل . وان اختلف القبضان ، فالاضعف وهو غير المضمون لا ينوب عن الاقوى وهو المضمون كقبض الوديعة والمستعار والمرهون لا ينوب عن قبض المبيع ، لأن الثاني مضمونٌ بالثمن لو صحيحاً ، وبالقيمة او المثل لو فاسداً ، والاول غير مضمون ، وهو اضعف من المضمون ، فلا ينوب عنه . يعلم ما ذكرناه من الدر وحواشيه والهندية والخانية وجامع الفصولين وغيرها .

رابعاً : ان كون البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض يستثنى منه بيع الهازل على القول بأنه فاسد ، فإنه لا يفيد الملك عند القبض اتفاقاً . واما على القول بأنه باطلٌ كما صرح به في الخانية والقنية وارتضاه الرملي في حاشية البحر ، فلا استثناء .

خامساً : اطلق القبض ، فشمل قبض الوكيل . قال في القنية : التوكيل بالشراء الفاسد صحيحٌ كالتوكيل بالشراء الى الحصاد او الدياس وقبض الوكيل للموكل ، فيصير مضموناً بالقيمة (بحر) وشمل ايضاً القبض الحكمي ، لما في الظهرية : لو اشترى عبداً شراءً فاسداً ولم يقبضه فأمر البايع باعتاقه فاعتقه ، صح عتقه عن المشتري ، لأنه بمنزلة قبض المشتري . ولو اعتقه المشتري بنفسه لا يصح لعدم الملك ، وهذه عجيبة ، حيث ملك المأمور ما لم يملكه الآمر (كذا في البحر) ومثله لو امره بطحن الحنطه او ذبح الشاة فيصير المشتري قابضاً اقتضاءً (در مختار) وكذا لو كان باع المبيع فاسداً ثم خلطه البايع بطعام المشتري بأمره ، صار المشتري

٢—ج

قابضاً ، وعليه مثله (جامع الفصولين) — وانما كان كذلك لأنه لما امر البايع بالعتق والطحن والذبح والخلط ، فقد طلب ان يسلطه على القبض . فإذا فعل البايع بأمره صار المشتري قابضاً قبضاً سابقاً عليه (افاده في رد المحتار) واستظهر ان البايع وان نفذ فعله من العتق وما بعده على المشتري ، لكنه يأثم بذلك ، لأن الواجب عليه الفسخ رفعاً للمعصية ، وفي فعله ذلك تقريرها ، فقد استوى الآمر والمأمور في ذلك اه ملخصاً .

واما ما نقله شارح المجلة سليم باز عن الخانية مما يخالف ما ذكرناه من مسئلتي الطحن والذبح ، فأما هو رواية في جميع هذه المسايل ، او يكون سهواً من الكاتب ، كما بسطه في الفصول العمادية واقره في جامع الفصولين والدر المختار وحواشيه .

سادساً : قوله « باذن البايع » اطلقه فشمل الإذن صريحاً بأن يأمره بالقبض فيقبضه بحضرته او غيبته ، او دلالةً بأن يقبضه في مجلس العقد بحضرته . اما بعد المجلس فلا بد من صريح الاذن ، الا اذا قبض البايع الثمن وهو مما يملك بالقبض فإنه يكون اذنا بالقبض دلالةً . فإن كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير فلا بد من صريح الاذن ايضاً (افاده في الدر وحواشيه)

سابعاً : قوله « صار مالكاً له » اي ملكاً خبيثاً حراما ، فلا يحل اكله ولا لبسه ولا التصرف فيه كما تقدم آنفاً . وافاد انه يملك عينه وتثبت له جميع احكام الملك فيصير خصما لمن يدعيه ويثبت له حق الشفعة فيما بيع بجواره ولو باعه كان الثمن له لا للبايع ، وعليه قيمته للبايع . ولو بيعت دارٌ الى جنبها فالشفعة للمشتري لا للبايع . نعم لا شفعة فيها لجاره ، يعني اذا اشترى شراءً فاسداً وقبضها لا يثبت للجار ولا لخليطه في نفس المبيع ولا لشريكه في حقوق المبيع حق الشفعة ، لأن حق البايع لم ينقطع ، لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفياً للفساد . حتى اذا سقط حق الفسخ بأن بنى المشتري فيها يثبت حق الشفعة (افاده في البحر ورد المحتار)

ثم ان الشفيع يتملكها حينئذ بالقيمة لا بالثمن ، كما في شرح مسكين على الكنز . نعم اذا باعها المشتري فاسداً من آخر ثم تملكها الشفيع ، فإن اختار الأخذ بالبيع الاول ونقض الثاني اخذها بالقيمة ، وان شاء اخذها بالبيع الثاني اخذها بالثمن ، لأنه بيعٌ صحيحٌ فأمكن ايجاب ثمنه . فإذا اخذه بالشفعة هنا نقض البناء والغرس

كما يفعل بالبيع الصحيح ، ولا يقال اذا نقض الشفيع البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع ، لأنا نقول بنقضه بعد ما دخل في ملكه ، وملكه مانع من الاسترداد ا زيلعي ، ابو السعود) .

ثامناً : الهلاك في قوله « فإذا هلك المبيع الخ » ليس قيداً احترازياً ، بل المراد منه ان يوجد في المبيع ما يتعذر معه الرد ، سواء كان ذلك بالهلاك او بتصرف قولي او فعلي مما سيأتي ذكره في المادة الآتية .

واشار بتعليق الضمان على الهلاك الى انه لو كان قائماً بحاله يكون الواجب رد عينه لا مثله او قيمته ، كما في رد المحتار . وعن هذا ذكر في البحر عن جامع الفصولين انه لو قبض المشترى القن المبيع فاسداً ثم ابرأه البايع عن قيمته ثم مات القن ، يلزمه قيمته ولا يبرأ . ولو قال ابرأتك عن القن ثم مات المشتري برأ ، اذ القيمة تجب بالهلاك ، اي هلاك المبيع ، فقبله لا يصح الابراء عنها . اما لو ابرأ عن القن فقد اخرجه عن كونه مضموناً . وعلى هذا لو ابرأ الغاصب عن القيمة حال قيام المغصوب لم يصح الابراء . ولو ابرأه عن المغصوب صح اه اي خرج عن كونه مضموناً وصار امانة في يد الغاصب ، كما في الخانية .

تاسعاً : قوله « اذا كان من المثليات لزمه مثله » مقيد بما اذا لم ينقطع المثل فلو انقطع المثل ، تلزمه قيمته يوم الخصومة ، كما افتى به الخير الرملي ، وعليه المتون في كتاب الغصب (رد المحتار) .

عاشراً : قوله « واذا كان قيمياً لزمته قيمته » يستثنى منه العبد المبيع بشرط ان يعتقه المشتري ، فإنه اذا اعتقه بعد القبض يلزمه الثمن ، كما في الدر ، ومثله في الخانية وجامع الفصولين . ثم اذا اختلف البايع والمشتري في القيمة فالبينة على البايع لأنه يدعي الزيادة ، والقول قول المشتري لأنه ينكرها (افاده في البحر والدر والمنتقى)

وقوله « يوم قبضه » متعلق بقيمته . فلو ازدادت قيمته في يده فأتلفه لم يتغير كالغصب . وقال محمد رحمه الله تعالى قيمته يوم اتلفه لأنه بالاتلاف يتقرر (بحر)

٢—٦٠

المادة ٣٧٢ — ﴿لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد﴾

اللام بمعنى « على » مثلها في قوله تعالى « وان اسأتم فلها » كما في الزيلعي والنهر ، اي يجب عليها فسخه . وقد تبع في هذه العبارة الهداية والكنز . واما عدل عن قول التنوير « ويجب على كل منهما » الى اللام بمعنى « على » لافادة شيئين : الاول : بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ دفعاً لتوهم انه اذا ملك بالقبض لزم . والثاني : بيان ان ذلك واجب عليهما رفعاً للفساد ، حتى لو اصر العاقدان على امساكه كان للقاضي اذا علم به فسخه جبراً عليهما حقاً للشرع ، كما في التنوير وغيره . لكن الوجوب في غير بيع المكره ، فانهم صرحوا بأنه فاسد وبأنه مخير بين الفسخ والامضاء . نعم يظهر الوجوب في جانب المكرِه بالكسر (رد المحتار) .

ثم ان اطلاق هذه العبارة يعم ما اذا كان الفسخ قبل القبض او بعده . لكن ان كان قبله فلكل الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه . وان كان بعده فان كان الفساد في صلب العقد بأن كان راجعاً الى البدلين المبيع والثمن ، كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر والخنزير ، فكذلك . وان كان بشرط زائد كالبيع الى اجل مجهول ، او بشرط فيه نفع لأحدهما ، فكذلك عندهما ، لعدم اللزوم . وعند محمد لمن له منفعة الشرط . واقتصر في الهداية على قول محمد ولم يذكر خلافاً (بحر) وأفاد ان من عليه منفعة الشرط يفسخ بالقضاء والرضاء على ما قال محمد (رد المحتار عن القهستاني) وعلل في الفتح قول محمد بأن من له منفعة الشرط كالبائع فيما لو باعه على ان يقرضه المشتري . كذا وكالمشتري فيما اذا اشترى لاجل مجهول يقدر ان يسقط الأجل او الشرط ، فيصح العقد . فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد ، فلم يشترط لفسخه الرضاء او القضاء — بخلاف من عليه المنفعة ، فانه لا يقدر على ذلك ، فاشترط لفسخه احدهما اه موضحاً .

قيد بالبيع الفاسد احترازاً عن الاجارة الفاسدة . فان المستأجر فاسداً وان ملك ان يؤجر من غيره اجارة صحيحة على الصحيح ، كمشتر فاسداً له البيع جائزاً ،

الا ان للمؤجر الأول نقض الثانية لأنها تنفسخ بالاعذار (افاده في جامع الفصولين)

واعلم ان فسخ البيع الفاسد كما يكون بالقول يكون بالفعل ، بأن يرد المشتري المبيع على البايع . ثم ان الرد كما يكون قصدياً بأن يرده بقصد الفسخ ، يكون حكمياً بأن يرده لا بقصده . فإن كان قصدياً لا يشترط فيه الوصول ليد البايع بل يكفي احضاره لاجل الرد سواء قبله ام لا . ولذ قال في الخانية : المشتري شراء فاسداً اذا جاء بالمبيع الى البايع فلم يقبله البايع فأعاده المشتري الى منزله فهلك ، لا يضمن . وكذا الغاصب اذا رد المغصوب فلم يقبل المغصوب منه فأعاده الى منزله فهلك لا يضمن . وان كان المشتري وضعه بين يدي البايع او المغصوب منه فلم يقبله ثم حمله الى منزله فهلك ، كان ضامناً في الغصب والبيع الفاسد ، لأنه يصير غاصباً غصباً مبتدءاً اه ملخصاً . فقد صح الرد وان لم يقع في يد البايع لكون الرد قصدياً لا ضمنياً . وبه يخرج عن الضمان لأنه فعل الواجب عليه . لكن اذا وضعه بين يدي البايع حصل القبض ايضاً بناء على ان التخلية قبض ، وهو ما مر تصحيحه عن قاضي خان والخلاصة . فاذا ذهب به الى منزله صار غاصباً فيضمنه — بخلاف ما اذا ذهب به قبل التخلية المذكورة لعدم حصول القبض من البايع ، فلم يصر غاصباً بالذهاب به ، ولم يضمنه لوجود الرد الواجب عليه كما قلنا .

وان كان الرد حكمياً كما اذا وهبه المشتري للبايع او تصدق به عليه او اودعه عنده او اعاره اياه او آجره منه او غصبه منه البايع ، فإن ذلك يكون متاركة للبيع وفسخاً له ، لكن بشرط وصول المبيع ليد البايع حقيقة او حكماً ، كالتخلية المذكورة . هذا حاصل ما افاده في رد المحتار .

والحاصل ان مناط الفسخ في الرد الحكمي انما هو وصول البيع لرد البايع بوجه ما من الوجوه ، لكن بشرط ان يكون الوصول للبايع من جهة المشتري . فقد ذكر في مواضع من الأصل كما في جامع الفصولين ان المستحق بجهة اذا وصل الى المستحق بجهة اخرى انما يعتبر واصلاً بجهة مستحقه لو وصل اليه من جهة المستحق عليه . اما إذا وصل من جهة غيره ، فلا : حتى ان المشتري فاسداً اذ وهبه المشتري من غير بائعه او باعه فوهبه ذلك الرجل من البايع الأول وسلمه اليه ، لا يبرأ المشتري عن قيمته ، فلم تعتبر العين واصلة بالجهة المستحقة للوصل من جهة اخرى اه وفي

جامع الفصولين ايضاً : لو رده مشتريه على بايعه انفسخ البيع على اي وجه رده عليه ببيع او بهبة او صدقة او عارية او وديعة ، اذ الرد يجب عليه ، فعلى اي وجه رده يقع عن الواجب . دليله العواري والودائع ، وكذا لو باعه من وكيل البايع بشراء وسلمه ، برأ من ضمانه اه اي لما مر من ان قبض الوكيل كقبض موكله .

✻ تنبيه ✻

اذ مات احد العاقدين لا يبطل حق الفسخ بموته ، بل ينتقل الى وارثه (غرر)

✻ الا انه اذا هلك المبيع في يد المشتري او استهلكه اواخرجه من يده ببيع صحيح او بهبة من آخر او زاد المشتري فيه شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها او ارضاً فغرس فيها اشجاراً او تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصور ✻

يعني ان لكل واحد من العاقدين حق الفسخ ما دام المبيع في يد المشتري بحاله . فإن زالت يده او تغير حال المبيع ، يبطل حق الفسخ . اما في الهلاك والاستهلاك فلعدم امكان رد العين المبيعة الذي هو ثمرة الفسخ . واما في صورة البيع ونحوه فلتعلق حق العبد به . ومعلوم ان نقض البيع الأول انما كان لحق الشرع ، وحق العبد مقدمٌ لحاجته ، ولأن ما ذكر من البيع وما عطف عليه انما حصل بتسليط من جهة البايع ، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منها حق العبد ، فيستويان في المشروعية ، ومع ذلك لم يحصل بتسليط من الشفيع .

وقيد البيع بالصحيح لأنه لو باعه فاسداً لا يمتنع الفسخ . وهو مقيد ايضاً بما اذا لم يكن فيه خيار شرط لأنه ليس بلازم في الصورتين . (بحر)

وقيد ببيع المشتري لأن البايع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى ان الثاني

كان قبل فسخ الأول وقبضه ، وزعم المشتري الثاني انه كان بعد الفسخ والقبض من المشتري الاول ، فالقول له لا للبايع ، وينفسخ الاول بقبض الثاني . كذا في البزازية ، ومثله في جامع الفصولين . ولعل وجه انفساخ الاول ان المشتري الثاني نائب عن البايع الاول في القبض لوجوب التسليم عليه ، فصار كأنه وقع في يد البايع ، تأمل (رد المحتار)

ثم انه يستثنى من لزومه بالبيع مسئلتان : الاولى : لو باعه لبايعه فقدمنا انه يكون رداً وفسخاً للبيع . والثانية لو كان فاسداً بالاكراه فإن تصرفات المشتري كلها تنقض ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة (بزازية)

وفي الخانية : ولو باع مكرهاً فقبضه المشتري وباعه من غيره وترادفت عليه العقود ، فللبايع أن يفسخ . فإن اجاز واحداً من العقود جازت العقود كلها ، ما قبله وما بعده اه .

وقوله « او بهبة من آخر » احترز بقوله « من آخر » عما لو وهبه من البايع ، فإنه يكون فسخاً كما تقدم . وشرط في الهداية التسليم في الهبة لأنها لا تفيد الملك الا به ، بخلاف البيع (بحر)

ومثل الهبة التصدق بالمبيع لأنه لا يخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم (رد المحتار) وكذا الرهن ، لأن الرهن لا يلزم بدون التسليم .

ومما يمنع حق الفسخ الوقف ، لما في الاسعاف ، تبعاً لاوقاف الخصاف : لو اشترى ارضاً بيعاً فاسداً وقبضها ووقفها وقفاً صحيحاً وجعل آخرها للمساكين فقال : الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع لانه استهلكها حين وقفها واخرجها عن ملكه اه .

وما في جامع الفصولين مما يفيد خلاف هذا ، غير صحيح ، او هو رواية كما في الدر وحواشيه والبحر والنهر — اقول : ما في جامع الفصولين ذكره في الخانية في فصل احكام البيع الفاسد ، واقره في الهندية والفصول العمادية وغيرها .

وعبارة الخانية هكذا : ولو باع ارضاً بيعاً فاسداً فجعلها المشتري مسجداً ، لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن في ظاهر الرواية . فان بناه بطل في قول ابي حنيفه

رحمه الله تعالى . وغرس الاشجار بمنزلة البناء اه .

فكيف يسوغ العدول عن ظاهر الرواية فضلاً عن ان يقال فيه انه غير صحيح ، وناهيك بفقيه النفس الامام الجليل قاضي خان من امام . ومع كونه ظاهر الرواية له وجهٌ وجيه ، وهو ان الموقوف اما انه باقٍ على ملك الواقف او خرج عنه الي ملك الله تعالى ، كما صرحوا بذلك في كتاب الوقف . فلم يتعلق به حق عبد حتى يقال ان الفسخ حق الشرع رفعاً للمعصية ، وحق العبد مقدم على حق الشرع لافتقار العبد وغناء الشارع جل وعلا . ولعل ما في الخصاف محمولٌ على ما اذا بنى فيها فإن ما في اوقاف الخصاف مطلقٌ ، والمطلق يحمل على المقيد ، تأمل . —

ومنه ايضاً الوصية ، فاذا اوصى به المشتري ثم مات سقط الفسخ ، لأن المبيع انتقل عن ملكه الى ملك الموصى له ، وهو ملك مبتدأ ، فصار كما لو باعه — بخلاف ما اذا مات المشتري فإن لوارثه الفسخ ، وللبايع ايضا ، لأن الوارث قائم مقام المورث (بحر عن السراج) .

ومنه ما اذا جعله المشتري مهراً او بدل صلح او بدل اجارة او غير ذلك من كل ما يخرجه عن ملك المشتري ، كما في النقاية (رد المحتار) .

وقوله « او زاد عليه المشتري شيئا الخ » هذا مما يقطع حق الاسترداد من الافعال الحسيّة ، وما قبله من القولية .

وقوله « كما لو كان المبيع داراً فعمرها الخ» وكذا لو شرى قضبان نخل فغرسه واطعم . وان شراه مطعماً فغرسه ، فكذلك عنده ، وعند الثاني يقلعه ان لم يضر بالارض (رد المحتار عن الذخيرة) .

ومثل البناء والغرس كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة ولتّ سويق وغزل قطن وجارية علقت منه .

وفي الجوهرة : لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالبناء والغرس والصبغ والخياطة ، انقطع حق الفسخ . وان كانت متولدة ، اي كالسمن ، لا تمنع الفسخ . وكذا منفصلة متولدة ، كالولد والعقر والارش . ولو هلكت هذه الزوايد في يد المشتري لا يضمنها ، وان استهلكها ضمن . وان هلك المبيع فقط فللبايع اخذها ،

واخذ قيمة المبيع يوم القبض . وان كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة ، فللبايع اخذ المبيع معها ، ولا تطيب له ويتصدق بها . وان هلك في يد المشتري لا يضمن . وكذا لو استهلكها عنده ، وعندهما يضمن . وان استهلك المبيع فقط ضمنه ، والزوايد له ، لتقرر ضمان الاصل اه ملخصاً — وبه علم ان الزيادة باقسامها الاربع لا تمنع الفسخ ، الا المتصلة الغير المتولدة . اما المتصلة المتولدة كالسمن ، والمنفصلة المتولدة كالكسب ، فإنها لا تمنع الفسخ . وانه يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لا بالهلاك . وكذا غير المتولدة عندها لا عنده . وهذا التقرير ايضاً موافق للبحر عن جامع الفصولين اه (رد المحتار) .

ثم ان الزيادة المتصله الغير متولدة انما تمنع من الفسخ في حق البايع فقط ، لئلا يتضرر المشتري . فلو اراد المشتري ان يفسخ البيع فيما لو اشتري ارضا شراء فاسداً فبنى فيها او غرس ويردها بحكم الفساد ، له ذلك لأنه رضي بضرره ، وهو نقض بنائه وقلع غراسه — بخلاف ما اذا اراد البايع ذلك . ولو انهدم البناء اوهدمه المشتري يعود حق الفسخ للبايع ، كما يعود برجوع الواهب الا ان يكون القاضي قضى بلزوم البيع بشرايط القضاء . وكذا لو رضي المشتري بالفسخ ورد المبيع مع الزيادة للبايع ، كما اذا كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري بصبغ يزيد فيه ، او كان سويقاً فلته بسمن او عسل ، فإن له ذلك (انقروية عن القاعدية والتتارخانية مختصراً)

واشار بلفظ الزيادة الى انه لو نقص المبيع في يد المشتري لا يمتنع الفسخ . قال في البحر : واما حكم نقصانه فلو نقص في يد المشتري بآفة سماوية فللبايع اخذه مع ارش نقصه ، وكذا لو بفعل المشتري او المبيع . ولو بفعل البايع صار مسترداً حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البايع هلك على البايع ، ولو بفعل اجنبي يخير البايع ان شاء اخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني ، وان شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كالغصب اه .

وفي جامع الفصولين : لو قطع ثوباً شراه فاسداً ولم يخطه حتى اودعه عند بائعه ، يضمن نقص القطع لا قيمته لوصوله الى ربه ، الا قدر نقصه ، فوقع عن الرد المستحق . قال هذا التعليل اشارة الى ان المبيع بيعاً فاسداً اذا نقص في يد المشتري ، لا يبطل حقه في الرد ، اذ لو بطل لما كان الرد مستحقاً عليه اه .

وهو ناطق بأنه لو اراد المشتري رده مع ارش نقصه وابى البايع ، انه يجبر البايع . ولو زال العيب الذي دفع المشتري ارشه للبايع رجع به المشتري على البايع ، كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشتري فاسداً وردها مع نصف القيمة ثم ذهب البياض ، فعلى البايع رد الارش ، كما في التتارخانية (افاده في رد المحتار) .

ثم اعلم انه لو خرج المبيع فاسداً عن ملك المشتري حتى امتنع الفسخ ثم عاد اليه الملك الاول ، يصير كأنه لم يخرج ان لم يكن القاضي قضى عليه بالقيمة للبايع . فإن رهن المشتري شراء فاسداً وسلم الى المرتهن بطل حق الفسخ ، وإن افتك الرهن ولم يكن القاضي قضى عليه بالقيمة عاد حق الفسخ ، وكذا لو وهب ثم رجع في الهبة بقضاء او غير قضاء ، كان على هذا التفصيل . كذا في الخانية .

وكذا لو باع ثم رد عليه بعيب بقضاء ، لأنه فسخ من كل وجه ، بخلاف ما اذا رد عليه بعيبٍ بالرضا ، فإنه لا يعود حق الفسخ ، لأن الرد بعيب بالرضى بيع جديد في حق غير المتعاقدين ، فقد عاد اليه بملك جديد لا بالملك الاول ، فصار كما لو باعه ثم اشتراه او ادخله في ملكه بعقدٍ جديد ، فلا يعود حق الفسخ (افاده في البحر والدر وغيرها) .

❁ فروع ❁

اشترى جارية شراء فاسداً وقبضها بإذن البايع ثم اراد ان يستردها من المشتري بحكم فساد البيع فأقام المشتري بينة انه باعها من فلان الغائب بكذا ، فإن صدقه البايع فيه ضمنه قيمتها . وان كذبه فيما قال ، كان له ان يستردها منه . فإن استرد البايع الجارية ثم حضر الغائب وصدق المشتري ، كان له ان يسترد الجارية من البايع وان كان البايع الاول صدق المشتري فيما قال واخذ القيمة ثم حضر الغائب ، لم يكن للبايع الاول استرداد الجارية ، سواء صدق الذي حضر المشتري الاول او كذبه . ولو قال بعتها من رجل ولم يسمه وكذبه البايع ، كان للبايع ان يستردها . فإن استرد ثم جاء رجل فقال المشتري عنيت هذا ، فإن كذب ذلك الرجل المشتري فالاسترداد ماض ، وان صدق فكذلك اه (هندية عن المحيط) — اقول : الظاهر انه متى كذب البايع المشتري فلا بد للرجل الغائب الذي صدق

المشتري على دعواه البيع له من ان يثبت البيع المذكور بالبينة ، والا فمجرد قوله وقول المشتري الاول لا يكون نافذا عليه . وربما يشير الى هذا صدر عبارة الهندية ، وهو قوله « اقام المشتري بينة » .

وعبارة جامع الفصولين : اقام المشتري بينة على بيعه من فلان الغائب ، لا يقبل ، فللبايع الاخذ . اما لو صدقه فله القيمة اه لكنه لم يتعرض لباقي فروع المسئلة . فقوله : « لا تقبل بينته » يشير الى ان الغائب اذا حضر وصدق المشتري والبايع مكذب ، تقبل بينته ، لا انه يؤخذ بمجرد تصديقه للمشتري ، فتأمل .

المشتري شراء فاسداً اذا باع ما اشتراه من آخر فللبايع الاول ان يضمن المشتري الاول قيمته ، وليس له ان يضمن المشتري الثاني قيمته على الاصح ، الا اذا كان الفساد بسبب الاكراه وقد هلك المبيع ، فإن المشتري من المكره اذا باع العبد من غيره واعتقه المشتري الثاني ، كان للبايع ان يضمن المشتري الثاني ، كما له ان يضمن المشتري الاول . ففرق بين بيع المكره وبين سائر البيوع الفاسدة (فتاوي انقروي عن الذخيرة مختصراً) .

باع منه صحيحاً ثم باعه منه ايضاً فاسداً ، انفسخ الاول . لأن الثاني لو كان صحيحاً ينفسخ الاول به . فكذا لو كان فاسداً ، لأنه يلحق بالصحيح في كثير من الاحكام (بزازية ، في الرابع من البيوع) .

اذا اشترى ارضاً شراء فاسداً وقبضها وآجرها من غيره ، كان للبايع حق الاسترداد ونقض الاجارة . ولو زرع المستأجر لم يكن للبايع اخذها حتى يدرك الزرع ، لأن الاجارة انما تنقض بالعذر اذ لم يكن به حق الغير اما اذا تعلق به حق الغير فلا يكون سبيل لنقضها (عمادية في التاسع والعشرين) .

غصب قناً فباعه من رجل ثم اشتراه غاصبه بأقل مما باع ، يكون فسخاً للبيع الأول ، والزيادة للمشتري لا لغاصبه ولا لمالكه (جامع الفصولين)

والمراد بالمشتري في قوله « والزيادة للمشتري » المشتري الاول الذي اشتراه من الغاصب بألف مثلا ثم اشتراه الغاصب منه بخمسماية مثلا ، فإن العقد الثاني يجعل فسخاً للاول ويرد الغاصب ما بقي في يده من ثمن الاول للمشتري . والدليل على ارادة المشتري الأول قوله « لا لغاصبه ولا لمالكه » افاده ابو السعود في حاشية

مسكين ، وهو ظاهر .

المادة ٣٧٣ — ❊ اذا فسخ البيع الفاسد فإن كان البايع قبض الثمن كان للمشتري ان يحبس المبيع الى ان ياخذ الثمن ويسترده من البايع ❊ .

كما في البيع الجائز اذ تفاسخاه ، لأن المبيع مقابلٌ به فيصير محسوباً به كالرهن (رد المحتار) وعلى هذا الاجارة والرهن الفاسدان . فلو استأجر اجارةً فاسدةً ونقد الاجرة او ارتهن رهناً فاسداً ودفع المال الى الراهن واقرض قرضاً فاسداً واخذ به رهنا ، كان له ان يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد ، اعتباراً للعقد الجائز اذا تفاسخاه .

وكذا لو مات البائع او المؤجر او الراهن او المستقرض ، فهو احق بما في يده من العين من سائر الغرماء (بحر) ويقدم على تجهيزه وغرمائه (عيني) وقوله « ويقدم على تجهيزه » اي تجهيز البائع او المؤجر وما بعده ، بمعنى انه لو مات وكان المبيع ثوباً مثلاً احتيج لتكفينه به ، فللمشتري حبسه حتى ياخذ ماله (رد المحتار)

والحاصل كما في رد المحتار ان الحي الذي بيده عين المبيع او المستأجَر او الرهن ، احق بما في يده من العين من غرماء الآخر الميت ، حتى يقبض ما نقد . قال في الفتح : لانه مقدمٌ عليه في حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته . الا ان الرهن مضمون بقدر الدين ، والمشترى بقدر ما اعطى . فما فضل فللغرماء اه واما اذا مات المشتري ، ففي الخلاصة والبزازية : ولو مات المشتري فالبايع احق من سائر الغرماء بماليته ، فإن زاد شيء فهو للغرماء اه — قال في رد المحتار : ومعناه انه لو اشترى عبداً فاسداً وتقابضا ثم مات المشتري وعليه ديون وفسخ البايع البيع مع الورثة ، فالبايع احق بمالية العبد ، وهي ما قبضه من المشتري ، حتى يسترد

المبيع . كما لو مات البايع ، فإن كانت قيمة العبد اكثر مما قبض ، فالزائد للغرماء هذا ما ظهر لي ، فتأمله اه . اقول : تأملناه فوجدناه غلطاً ، لأن قيمة العبد اذا كانت اكثر مما قبضه ، كيف يتصور جعلها للغرماء مع ان المشتري الذي مات انما ملكه بالقبض بقيمته ؟ فالواجب للبايع الحي رد عين المبيع او قيمته عند تعذر الرد ، فالصواب ان المراد بماليته قيمته ، كما هو المتبادر من لفظ المالية . فإن كان ماقبضه اكثر من قيمته ، رد الزائد للغرماء لأنه لا حق له فيه ، وامسك مقدار القيمة حتى يسترد المبيع . هذا ما ظهر لي ، فتأمله .

وهذا كله اذا كان الثمن منقوداً كما يشعر به قول المجلة في هذه المادة « فإن كان البايع قبض الثمن الخ » فلو لم يكن منقوداً كما اذا اشترى من مدينه عبداً بدين سابق شراء فاسداً وقبضه بالاذن فأراد البايع اخذه بحكم الفساد ، فليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والاجارة والرهن الفاسدان على هذا ، فله ان يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بها . وكذا للراهن استرداد الرهن . قبل ايفاء ما كان للمرتهن من الدين . ولا يملك المرتهن الحبس به ، بخلاف ما اذا كان العقد صحيحاً في الابواب الثلاثة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كمقايلة ونحوها ، كان للمشتري والمستأجر والمرتهن ان يحبس المبيع والمأجور والرهن لاستيفاء دينه . والفرق بين الفاسد والصحيح اذا كان البدل غير منقود ، حيث يملك الحبس في الصحيح اذا تفاسخا دون الفاسد ، هو ما ذكره في الكافي النسفي ، وحاصله انه لما وجب للمدبون على المشتري مثل الدين ، صار الثمن قصاصاً لاستوائهما قدراً ووصفاً فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة فكان له حق الحبس ، وفي الفساد لم يملك الثمن بل تجب فيه قيمة المبيع عند القبض ، وهي قبله غير مقررة لاحتمالها السقوط بالفسخ ، ودين المشتري مقرر ، والمقاصة انما تكون عند الاستواء وصفاً ، فلم يكن له حق الحبس اه هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والكنز وشروحه وحاشيته مسكين .

المادة ٣٧٤ — ﴿ البيع النافذ يفيد الحكم في الحال ﴾ .

اي ثبوت الملك في البدلين لكل منهما في بدل . وهذا هو الحكم الاصلي للبيع النافذ . واما الحكم التابع له فوجوب تسليم المبيع والثمن ، ووجوب استبراء الجارية على المشتري وملك الاستمتاع بها ، وثبوت الشفعة لو عقاراً ، وعتق لو محرماً من المشتري (رد المحتار) .

المادة ٣٧٥ - ﴿ اذا كان البيع لازماً نافذاً فليس لاحد المتبايعين الرجوع عنه ﴾ .

اي وان لم يتفرق مجلس العقد ، خلافاً لأحمد والشافعي ، فقد اثبتا الخيار للمتعاقدين ما لم يتفرق مجلس العقد ، لما رواه البخاري من حديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما : المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا — قلنا : الحديث محمولٌ على تفرق الاقوال بأن يقول الآخر بعد الايجاب لا اشتري ، او يرجع الموجب قبل القبول . ومما يعضد مذهبنا قوله تعالى « يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » وهذا عقد قبل التخيير . وقوله تعالى « لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم » وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير . فقد اباح الله تعالى أكل المشتري قبل التخيير . وتمامه في المنح والفتح (طحطاوي مختصراً) .

المادة ٣٧٦ — ﴿ اذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار ﴾ .

المادة ٣٧٧ — ﴿ البيع الموقوف يفيد الحكم عند الاجازة ﴾ .

واما قبل الاجازة ، فلا يفيده ، حتى ان المشترى من الفضولى لو باعه قبل

اجازة المالك ثم اجاز المالك البيع الاول وهو بيع الفضولي ، يكون بيع من اشترى منه باطلاً ، لأنه بالاجازة ثبت للمشتري الملك البات والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله ، بخلاف ما لو اجاز المالك البيع الثاني ، وهو بيع من اشترى من الفضولي ، فإنه يصح وينفذ ، لأنه ايضا فضولي بالنسبة الى المالك ، فيتوقف بيعه على اجازته . قال في جامع الفصولين رامزاً للمبسوط : لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداولته الايدي فاجاز مالكه عقداً من العقود ، جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الاجازة . فإذا اجاز عقداً منها جاز ذلك خاصة اه (افاده في رد المحتار والبحر) .

وفي الهندية : لو خاصم المالك الغاصب وقضى له به ثم اجاز البيع ، يصح في ظاهر الرواية . ولو لم يعلم قيام المغصوب فأجاز المالك البيع ، جاز في ظاهر الرواية اه .

ثم ان البيع الموقوف ان كان بيع مال الغير كبيع الفضولي ، فلا بد لنفاذه من الاجازة قولا ، كقول المالك اجزت او رضيت او احسنت او اصبت او نحو ذلك ، و كطلبه الثمن من المشتري وهبته منه والتصدق به عليه - او فعلا كأخذه الثمن او بعضه من المشتري او اخذ صك به ، كما في جامع الفصولين .

وان كان بيع ما تعلق به حق الغير كبيع المستأجر والمرهون ، فكما يكون نفاذه باجازة من المستأجر والمرتهن قولاً او فعلاً ، تكون ايضاً بزوال المانع من النفاذ بأن صبر المشتري حتى مضت مدة الاجارة او قبض المرتهن دينه او ابرأ الراهن او رد الرهن عليه ، كما تقدم ذكره في شرح المادة (٣٦٨) وتمام فروع المسئلة هناك ، فلتراجع .

وفي الهندية : باع الدار المؤجرة بغير رضى المستأجر ، ثم زاد المستأجر في الاجرة وجدد العقد ، ينفذ البيع الموقوف ، لأن تجديد الاجارة يتضمن فسخ الأولى ، فينفذ البيع اه .

وفي جامع الفصولين : باع الرهن راهنه بلا اذن مرتهنه ، ثم باعه من المرتهن ، جاز البيع من المرتهن وينقض البيع الاول . وكذا المؤجر لو باع المستأجر من رجل ثم باعه من المستأجر ، جاز البيع من المستأجر ، وهو نقض

للبيع الاول . وكذا في البيع الجائز المعروف ببيع الوفاء اذا باعه البائع من رجل باتاً بلا اذن المشتري ، ثم باعه من المشتري بيعاً باتاً نفذ البيع الثاني وبطل الاول . وهذا لأن الاول موقوفٌ والثاني باتٌ ، فيبطله . كذا افتى صاحب المحيط . وقال غيره من المتأخرين : ينفذ البيع الاول ، وبه افتى . وقال واحدٌ من الثقاة : رأيت رواية : ينفذ البيع الاول لا الثاني اه

وفيه ايضاً : ولو باع الراهن الرهن ثم باعه من آخر ، نفذ ما اجازه المرتهن . ولو تكرر بيع المؤجر فأجاز المستأجر الثاني ، نفذ الاول اه اقول : وهذا مبني على التفرقة بين المستأجر والمرتهن كما ذكره في البحر عن الكرابيين ، حيث جعل للمرتهن حق الاجازة والفسخ دون المستأجر ، فلا يملك الفسخ ، فارقاً بأن المستأجر حقه في المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه ، وفي الرهن يسقط ، وهو استيفاء حكمي . لكن علمت مما ذكرناه في شرح المادة (٣٦٩) ان الصحيح المفتى به ان كلاً من المستأجر والمرتهن لا يملك الفسخ ، كما ان الراهن والمؤجر لا يملكانه ايضاً . وعليه لا فرق بين تكرر بيع المأجور وبيع المرهون في انه لو اجاز المستأجر او الراهن البيع الثاني ، ينفذ الاول ، فتدبر .

وفي الهندية : لو باع الراهن الرهن وقبض الثمن ، ثم باعه من آخر قبل الفك ثم افتكه ، فالسابق اولى اه - اقول :الظاهر ان قوله « وقبض الثمن » قيدٌ اتفاقيٌ لا احترازيٌ ، تأمل .

وفي جامع الفصولين : ليس للمرتهن بيع الرهن ، فلو باعه يوقف على اجازة مالكه . فلو اجازه جاز وثمنه رهنٌ ، والا لا ، وله ان يبطله ويعيده رهناً . ولم تجز الاجازة بعد تلفه في يد المشتري ، فالراهن يضمن ايهما شاء . فلو ضمنه مرتهنه جاز البيع ، وثمنه له ، والضمان رهن . وقيل : انما يجوز البيع بتضمين مرتهنه لو سلم الرهن الى المشتري اولاً ثم باعه . اما لو باع ثم سلم لم يجز ، ويرجع بما ضمن على المشتري ، اذ سبب ملكه تأخر عن البيع - كما لو باع شيئاً بلا اذن مالكه ثم شراه من مالكه لم ينفذ البيع الاول ، كذا هذا الا ان في ظاهر الرواية قال : يجوز البيع بتضمين مرتهنه . ولم يفصل . لو ضمن المشتري بطل البيع ، وضمانه رهنٌ ويرجع المشتري بثمنه ، وكذا يصير الثمن رهناً في صورة الاجازة ،

بخلاف اجازة الإجارة ، فإن الرهن يبطل وليس له على الاجرة سبيل .

وفيه : لو قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه الراهن من غيره لم يجز . ولو قال المستأجر للموجر بعه من فلان ، جاز بيعه من غيره اه

وفيه : في البيع الموقوف لو قال لا اجيز بطل البيع . بخلاف المستأجر لو قال لا اجيز بيع المؤجر ، ثم اجاز ، جاز . وهذا يدل على ان المرتهن اذا قال لا اجيز بيع الراهن بطل البيع اه اي بناء على ان المرتهن يملك الفسخ ، وقد علمت ان اصح الروايتين انه لا يملكه ، فلا فرق بينه و بين المستأجر ، تأمل .

وفيه ، برمز الذخيرة : بيع الارض يتوقف على اجازة المزارع من ايهما كان البذر ، فلو اجاز فلا اجر لعمله اه . ثم رمز وقال : لو كان البذر للمزارع لم يجز في حقه ، اذ الارض مستأجرة . ولو للمالك نفذ لو لم يزرع ، اذ المزارع اجير له . ولو زرع ولم ينبت بعد ، لم ينفذ لتعلق حقه . ولو لم يزرع ولكن كرب الارض وحفر الانهار وغيره ذلك ، نفذ في ظاهر الرواية . وقيل لا . والاصح جواب الكتاب .

وبيع الكرم لا ينفذ في حق العامل ، عمل او لا . ولو كان البذر للمزارع لم يجز بلا اجازته ، زرع او لا . ولو للمالك فباع قبل الزرع ، جاز بلا اجازته ، لا لو بعده . وفي الكرم قبل ظهور الثمر يجوز ، فلو باع مع نصيبه من الزرع برضى المزارع والبذر للمالك ولم ينبت ، لا شيء للمزارع من الثمن . ولو للمزارع ولم ينبت ، فللمزارع حصة البذر من قيمته مبذوراً في الارض . وفي الكرم والنخل لو لم يخرج منه شيء ، فلا شيء للعامل . ولو باع مع نصيب نفسه من الزرع وقد نبت او خرج الثمر واجازه المزارع ، جاز ، ونصيب المزارع فيه قائم . ولو لم ينبت ولم يخرج الثمر والبذر للمالك ، لا شيء للمزارع . ولو باع في هذا كله بلا رضى المزارع ، لو بعذر ، فكذلك . ولو بلا عذر ، فللمزارع ابطال البيع .

باع ارضاً مزروعة ، اما انه باع برضا المزارع ، او بدونه ، واما انه نبت الزرع او لا ، والبذر لرب الارض او لمزارعه . فصورها ثمانية ، وللمزارع نقض اربعتها ، وهي فيما لم يرض . وتنفذ في اربعتها ، وهي فيما رضي . فلو باع برضاه ولم ينبت ، فلو كان البذر لرب الارض ، فلا شيء للمزارع من الثمن ، اذ نبت له حق بعد النبات ، لا قبله ولو للمزارع ، فله قيمة بذره مزروعاً ، اذ ذلك ملكه

ولو نابتاً ، فنصيب المزارع فيه قائم كان البذر له او لرب الارض أه وتمامه فيه .

وفي الهندية : واذا باع الارض وهي في عقد مزارعة آخر ، قال شمس الائمة الحلواني : المزارع اولى في مدته ، من ايهما كان البذر . فإن اجاز المزارع البيع ، فلا اجر لعمله . وفي مجموع النوازل : ان اجاز المزارع يكون كل النصيبين للمشتري . يريد به اذا كان في الارض غلة . وان لم يجز ، لا يجوز البيع . وكذا في الكرم ، سواء ظهرت الثمار او لم تظهر . وقيل : الجواب في مسئلة الارض على التفصيل : ان كان البذر من المزارع ، لا يجوز في حقه . وان كان من رب الارض وقد القى البذر ، لا يجوز . وان كانت الارض فارغة ، يجوز . وكذا في الكرم ان لم تظهر الثمار ، يجوز البيع ، وبه كان يفتي ظهير الدين (كذا في المحيط) وان لم يزرع ، ولكن المزارع كرب الارض وحفر الأنهار وغير ذلك ، في ظاهر الرواية ينفذ بيعه ، وهو الأصح . ولو باع الكرم لم ينفذ في حق العامل ، سواء عمل في الكرم او لم يعمل كذا في الفصول العمادية اه .

المادة ٣٧٨ ﴿ بيع الفضولي اذا اجاز صاحب المال او وكيله او وصيه او وليه نفذ البيع والا انفسخ . الا انه يشترط لصحة الاجازة ان يكون كل من البايع والمشتري والمجيز والمبيع قايماً فاذا كان احد المذكورين هالكاً لا تصح الاجازة ﴾

اقول : في حكم بيع الفضولي بيع الصبي العاقل مال نفسه بلا اذن وليه ، كما قدمناه في شرح المادة (٣٦٨) .

وقوله « اذا اجاز » اي قولاً او فعلاً ، كما تقدم . واما سكوت المالك عند العقد اي عقد الفضولي فليس بإجازة ، كما في الدر عن الخانية .

وفي البزازية عن المحيط : اذا اشترى سلعةً من فضولي وقبض المشتري المبيع

بحضرة صاحب السلعة فسكت ، يكون رضىً . كذا في حاشية الرملي على الفصولين في الرابع والعشرين .

وقوله « او وكيله » يجوز ان يكون المراد وكيله بالاجازة بأن يقول له : من باع ملكي فضولياً فقد وكلتك بإجازة بيعه . واما قوله : وكلتك ان تجيز بيع فلان الفضولي ملكي ، فالتوكيل فيه غير مفيد ، لأن نفس التوكيل يكون اجازة من المالك ، كما هو ظاهر . ويجوز ان يكون المراد وكيله بالبيع ، والوكيل مفوض بالتوكيل ، لأن الوكيل ليس له ان يوكل بلا تفويض . فاذا كان مفوضاً فأجاز بيع الفضولي ، نفذ ، لأن اجازته اللاحقة كوكالته السابقة ، وهو مفوض .

ومن هنا ما لو باع مال غيره فضولياً ثم وكله المالك بالبيع ، فله ان يجيز بيعه السابق ، كما تقدم نقله في شرح المادة (٣٦٨) .

وقوله « نفذ البيع » اي وان كان وقت الاجازة غير عالم بمقدار الثمن . فلو سمع ان فضولياً باع ملكه فأجازه غير عالم بمقدار الثمن فلما علم رد البيع ، فالمعتبر اجازته لا ردّه ، كما في التنوير وغيره — لأن الفضولي يصير بالاجازة كالوكيل ، والوكيل يملك البيع بما قل او كثر عند الأمام ، كما في الدر وحواشيه . ومتى نفذ البيع باجازة المالك كان الثمن مملوكاً له وامانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل ، حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبلها ، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ولهذا يصح حطه من الثمن سواء علم المالك بالحط قبل الاجازة او لم يعلم ، الا اذا علم بالحط بعد الاجازة يثبت له الخيار بين الرضا والفسخ ، كما قدمناه في شرح المادة (٣٦٨) .

ثم انما يصير الثمن مملوكاً للمالك عند اجازته وامانةً في يد الفضولي اذا كان الثمن ديناً . فلو كان عرضاً معيناً يصير ملكاً للفضولي وعليه مثل المبيع لو مثلياً ، والاّ فقيمته . فاذا هلك يهلك عليه لأن اجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد ، بمعنى ان المالك اجاز للبايع ان ينقد ما باعه ثمناً لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد ، لأن عقد شراء العرض لازمٌ على الفضولي لانه لما كان العوض متعيناً كان شراء من وجه ، والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذاً فيكون ملكاً له ،

وبإجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته في النقد لا في العقد .

ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثلياً ، والا فقيمته ، لانه لما صار البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضمن الشراء ، فيجب عليه رده ، كما لو قضى دينه بمال الغير . واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وان لم يجز قصداً . هذا ما افاده في الفتح والبحر ورد المحتار وغيرها .

واما لو هلك الثمن العرض في يد الفضولي قبل الاجازة ، ففي جامع الفصولين يبطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويضمن للمشتري مثل عرضه او قيمته لو قيمياً ، لانه قبضه بعقد فاسد اه واما حكم هلاك المبيع فقد ذكره في جامع الفصولين . وحاصله انه لو هلك قبل الاجازة فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد ، وان بعده لم يجز بالاجازة وللمالك تضمين ايهما شاء . وايهما اختار تضمينه ملكه ويبرأ الآخر فلا يقدر على ان يضمنه . ثم ان ضمن المشتري بطل البيع لأن اخذ القيمة كأخذ العين ، وللمشتري ان يرجع على البايع بثمنه لا بما ضمن . وان ضمن البايع ، فإن كان قبض البايع مضموناً عليه — اي بأن قبضه بلا اذن مالكه — نفذ بيعه بضمانه . وان كان قبضه امانة وانما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع ، لا ينفذ بيعه بضمانه ، لأن سبب ملكه تأخر عن عقده . وذكر محمد في ظاهر الرواية ان البيع يجوز بتضمين البايع . وقيل : تأويله انه سلم اولاً حتى صار مضموناً عليه ، ثم باعه فصار كمغصوب اه رد المحتار . واما لو زاد المبيع في يد المشتري ثم اجاز المالك البيع ، فالزيادة للمشتري مع المبيع . وعلى هذا كل ما يحدث في المبيع من كسب او ولد او عقر او ثمر قبل الاجازة فهو للمشتري لأن الملك تم له من وقت الشراء فتكون الزيادة واردة على ملكه (افاده في البحر) .

وقوله « والا انفسخ » اي وان لم يجزه . والمراد من عدم الاجازة الرد لا ما يشمله ويشمل السكوت ، لما تقدم من ان السكوت لا يكون اجازة ، فأولى ان لا يكون رداً . ولو اجاز بعد الرد لم يجز ، لأن المفسوخ لا يجاز كما في الدرر .

ولو كان الثمن ديناً مقبوضاً في يد الفضولي فهل للمشتري الرجوع عليه بمثله لو هلك في يده ؟ — الاصح نعم ان لم يعلم انه فضولي في وقت الاداء ، لا إن علم ،

ل يهلك امانة لان الدفع اليه مع العلم بكونه فضولياً صيره كالوكيل ، كذا في لدر وحواشيه ٠

ثم تخصيص المالك بكونه يملك كلاً من الاجازة والفسخ ، فيه اشارة الى ان لفضولي لا يملكهما معاً ، بل يملك الفسخ فقط قبل اجازة المالك حتى لو اجازه المالك بعد سخه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه عد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالبه بالتسليم ويخاصم بالعيب ، في ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته (بحر) وكذا المشتري يملك الفسخ قبل الاجازه تحرزاً عن لزوم العقد ٠ قال في البزازية : وللمشتري فسخ البيع قبل الاجازة تحرزاً عن لزوم العقد اه ومثله في الهندية عن وجيز الكردري ، واطلاقه ظاهر في ان فسخه لا يتوقف على القضاء او رضى البائع ٠ فما في رد المحتار من انه ينبغي تقييد قوله « وللمشتري الفسخ بالرضى او القضاء » فهو بحث معارض لاطلاق المنقول ، فلا يعول عليه ، ووجهه غير ظاهر ، لانه قاس هـذه المسئلة على ما قالوه من انه لو استحق المبيع من يد المشتري فاراد فسخ البيع بلا قضاء ولا رضى البائع لا يملكه ، لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع او على التلقي من المستحق ثابت الا اذا حكم القاضي فيلزم العجز فينفسخ اه مع انه قياس مع الفارق ، كما يظهر ذلك بأدنى تأمل ٠ على ان كل مسئلة معللة بعلة مختصة بها لا تظهر في الاخرى ٠ والعجب ممن ترك المنقول وذكر هذا البحث كأنه نص من نصوص المذهب ، ولم ينبه على كونه بحثاً ، مع ان الباحث نفسه لو سئل عن هذه المسئلة لاجاب باطلاق المنقول غير ملتفت الى بحثه ٠

واما الفرع الذي نقله الرملي في حاشيته على الفصولين كما في رد المحتار من انه لو اراد المشتري استرداد الثمن من الفضولي بعد دفعه له على رجاء الاجازة لم يملك ذلك اه فالظاهر انه محمول على ما لو اراد فسخ البيع ، يعني وهو يرجو الاجازة ٠ واما لو اراد فسخ البيع فله ذلك ، كما تقدم نقله ٠ واذا فسخ فله استرداد الثمن ٠ وبهذا يحصل التوفيق بين عباراتهم ، فافهم ٠

وقد افادت هذه المادة انه يشترط لصحة الاجازة قيام اربعة : المتعاقدين والمبيع ومن يملك الاجازة ، وهذا اذا كان الثمن ديناً يثبت في الذمة ، كالنقدين

والكيلي والوزني بغير عينه . اما لو كان عرضاً معيناً فيشترط قيام خامس ، وهو الثمن العرض .

وانما اشترط قيام ما ذكر لان الاجازة لها حكم انشاء البيع ، ولا بد في البيع من قيام العاقدين وهو الفضولي او المشتري ، وقيام المبيع ، والثمن اذا كان عرضاً معيناً ، لأنه مبيع من وجه . واما اشتراط المعقود له ، وهو المالك ، فلأن العقد توقف على اجازته فلا ينفذ باجازة غيره . هذه علة اشتراطها في الاجمال . واما في التفصيل فاشتراط قيام المعقود عليه ، لأن الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ، ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك . واشتراط قيام المشتري ليلزمه الثمن . وبعد الموت لا يلزم ما لم يكن لزمه حال اهليته . واشتراط قيام البايع لأنه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزمه الا حياً . واما المالك فلأن العقد توقف على اجازته . فلا ينفذ باجازة غيره . فلو مات المالك لم ينفذ باجازة وارثه ، بخلاف القسمة الموقوفة فإنها تنفذ باجازة الوارث استحساناً عند الثاني (الكل من فتح القدير والبحر وجامع الفصولين)

ثم ان في حكم هلاك المبيع تغيره بحيث يعد شيئاً آخر ، كما في الدر . فلو صبغه المشتري فأجاز المالك البيع ، جاز . ولو قطعه وخاطه قميصاً ثم اجاز ، لا يجوز ، لانه صار شيئاً آخر (منح ودر ومثله في التتارخانية عن فتاوى ابي الليث) ويخالفه ما في البحر والبزازية انه لو اجازه بعد الصبغ لا يجوز ، تأمل (ردالمحتار) : اقول : لعل ما في البحر والبزازية محمول على ما اذا كان الصبغ صبغاً يصيره شيئاً آخر ، وما قبله على صبغ ليس كذلك .

وفي جامع الفصولين : باع داراً فانهدم بناؤها ثم اجاز ، تصح الاجازة لبقاء الدار ببقاء العرصة . اقول : وهذا بخلاف ما لو باع دكاناً او خاناً او حماماً فانهدم بناؤها ثم اجاز ، لم تصح . لانه بالهدم يصير شيئاً آخر ، ولبراجع . ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقاء وعدمه ، جاز البيع في قول ابي يوسف اولا ، وهو قول محمد ، لأن الأصل بقاؤه . ثم رجع وقال لا يصح ما لم يعلم قيامه عندها ، لأن الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك . كذا في الفتح والبحر ورد المحتار . واما لو اجاز وهو يعتقد وجود المبيع ثم تبين هلاكه ولم يعلم اكان هلاكه

قبل الاجازة او بعدها ، فلم اره منصوصاً عليه والذي يظهر ان الاجازة قاضية على الصحة ، لانه لم يقع وقتها شك في وجود شرط صحتها . وانما وقع الشك بعد ذلك . ومعلومٌ ان اليقين لا يزول بالشك فليتأمل ، وليراجع .

﴿ فروع ﴾

اختلف البايع والمشتري فقال المشتري المبيع كان هالكاً وقت الاجازة ، وقال البايع هلك بعد الاجازة ، فالقول للبايع .

فضولي باع نصف دار مشتركة بين رجلين ، ينصرف البيع الى نصيبهما ، فإن اجاز احدهما صح في النصف الذي هو نصيب المجيز عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى يجوز في ربعه . فرق بينه وبين احد الشريكين باع نصفه فإنه يجوز في النصف ، لان بيع المالك ينصرف الى نصيبه وبيع الفضولي ينصرف الى النصف الشائع فاجازة احدهما تصح في ربعه .

فضوليٌ باع وفضوليٌ آخر رهنه ، فأجازهما المالك ، جاز البيع لا الرهن . ولو اجتمع البيع والاجازة فالبيع اولى (فصولين) وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي وآجره آخر ، والاجازة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن . والبيع احق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع . ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة ، لان الهبة تساوي البيع في افادة الملك فيأخذ كل النصف (افاده في البحر)

امره ببيعه بماية دينار فباعه المأمور بألف درهم ولم يعلم به موكله فقال بعته وقال موكله اجزت ، جاز البيع بالف درهم . ولو قال الآخر اجزت ما امرتك به ، لم يجز ، (جامع الفصولين)

وفي نوادر هشام : ولو قال اجزت ان باع بماية درهم ، يجوز ان كان باع بأكثر وان باع بأقل لا يجوز . ولو باع بألف دينار لا يجوز ، وانما ينظر الى النوع الذي وصفه (كذا في البزازية)

باع قن غيره فمات في يد المشتري ثم ادعى المالك الامر والاجازة ، فإن قال كنت امرته به ، صدق . ولو قال بلغني فأجزته ، لم يصدق الا ببينة

(جامع الفصولين) قال محشيه الرملي : اقول : وجهه ان الأصل في العقود الصحة واللزوم والمشتري مصدق على الشراء والاصل فيه النفاذ ، فكان القول قول مدعيه . واما في الصورة الثانية فهو مصدقٌ على وقوعه من اصله موقوفاً ويدعي الاجازة الطارئة ، فلا يقبل قوله الا ببينة ، تأمل اه .

لو اجاز احد المالكين بيع الفضولي خير المشتري في حصة المجيز ، لان المشتري رغب في شرائه على ان يسلم له جميع المبيع ، فإذا لم يسلم يخير لكونه معيباً بعيب الشركة . والزمه محمد بها لانه رضي بتفريق الصفقة عليه لعلمه انهما قد لا يجتمعان على الاجازة (شرح المجمع ، كذا في رد المحتار) ومفاده انه لو لم يكن المشتري عالماً بكون المبيع مشتركاً وقت البيع بكون ثبوت الخيار له محل اتفاق .

المادة ٣٧٩ — ✻ حيث لكل من البدلين في بيع المقايضة حكم المبيع تعتبر فيها شرائط المبيع . فاذا وقعت منازعة في امر التسليم لزم ان لا يسلم ويتسلم كل من المتبايعين معاً ✻

مثل بيع المقايضة ، وهو بيع السلعة بالسلعة ، بيع الصرف ، وهو بيع الثمن ، من حيث وجوب التسلم والتسليم معاً تسويةً بينهما في العينية والدينية (مجمع الانهر)

ثم ان البدلين في بيع المقايضة اذا كانا من الاموال الربوية ، فإن اتحدا جنساً وقدراً كبيع حنطة معينة بحنطة معينة اخرى ، اشترط لصحته التقابض والتساوي والا كبيع كرحنطة معينة بكري شعير معين ، اشترط التقابض لا التساوي ، لحرمة النسأ والفضل في الاول ، والنسأ فقط في الثاني (درّ) .

﴿ الفصل الثالث ﴾

= في حق السلم =

هو لغة كالسلف وزناً ومعنى وشرعاً بيع آجل ، وهو المسلم فيه ، بعاجل ، وهو رأس المال . وركنه ركن البيع حتى ينعقد بلفظ بيع في الاصح . ويسمى صاحب الدراهم مثلا رب السلم ، والمسلم بكسر اللام . ويسمى الآخر المسلم اليه . والحنطة مثلاً المسلم فيه . والثمن رأس المال . وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه (تنوير وشرحه الدر المختار) .

وقوله « في المسلم فيه » اي الدين الكائن في الذمة . اما في العين فلا يثبت الملك فيه الا بقبضه على انعقاد مبادلة اخرى ، بمعنى انه يكون بيعاً عند القبض (افاده في البحر) .

وثبوته بالنص والاجماع على خلاف القياس ، ولا اعتبار بمن قال انه على وفق القياس . وقد اطال في الرد عليه في فتح القدير .

وشروط صحته منها ما يشترط ذكره في العقد ، وهي السبعة المذكورة في المادة (٣٨٦) ومنها ما لا يشترط ذكره فيه ، بل وجوده ، كاشتراط تسليم الثمن في مجلس العقد ، وهو المذكور في المادة (٣٨٧) و كنقد الثمن ، اي معرفة الجيد من الرديء منه ، وعدم الخيار وعدم علتي الربا ووجود المسلم فيه من حين العقد الى حين حلول الاجل ، وكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف ، وسيأتي الكلام عليها تفصيلاً في شرح المواد الآتية .

وفي الخانيه : ولا يبطل الأجل بموت رب السلم ، ويبطل بموت المسلم اليه حتى يؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً اه .

ج — ٢

المادة ٣٨٠ = ﴿السلم كالبيع ينعقد بالايجاب والقبول يعني اذا قال المشتري للبايع اسلمتك الف قرش علىماية كيل من الحنطة وقبل الآخر انعقد السلم﴾

تشبيه السلم بالبيع يشير الى ان السلم كما ينعقد بلفظ السلم كالمثال المذكور ، ينعقد ايضاً بلفظ البيع ، على ما هو الاصح . واما انعقاد البيع بلفظ السلم فهو باتفاق الروايات ، كما في الشرنبلالية وغيرها — والى انه يشترط لانعقاده ما يشترط لانعقاد البيع . فاذا اختل شرطٌ من شروط الانعقاد يكون السلم باطلاً فلا يكون رأس مال السلم مضمونا على المسلم اليه بالقبض ، بل امانةٌ في يده يضمن بالتعدي ، واما اذا وجدت شروط الانعقاد واختل شرط من شروط الصحة الآتي بيانها ، يكون السلم فاسداً فيكون راس مال السلم مضموناً على المسلم اليه . بالقبض بمثله والا فبقيمته . هذا ما يقتضيه التشبيه والفقه ، لكن لم اره منقــولاً ، فليتأمل وليراجع .

المادة ٣٨١ ﴿السلم انما يكون صحيحاً في الاشياء التي تقبل التعين بالقدر والوصف كالجودة والخسة﴾

يعني انه يشترط لصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطاً على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة ، كما في الفتح . وذلك ببيان قدره كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدد في العدديات المتقاربة ، وبيان صفته من رداءةٍ وجودةٍ ولونٍ وكبرٍ وصغرٍ وخفةٍ وثقلٍ وطولٍ وعرض . وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره كالحيوان واللحم لا يصح السلم فيه ، لانه يفضي

الى المنازعة . وهذه المادة اصل تبني عليه المواد الآتية .

المادة ٣٨٢ - ✻ المكيلات والموزونات والمذروعات تتعين مقاديرها بالكيل والذرع ✻

يعني ان المكيلات وما عطف عليها يصح فيها السلم لأنها تنضبط وتتعين بذكر القدر والوصف . وليس المراد ان مجرد ذكر الكيل والوزن والعدد مصحح للسلم ، اذ لا بد مع ذلك من ذكر الاوصاف حتى يتم انضباطها ، كما سيأتي في المادة (٣٨٦) كما في الفتح .

وليس المراد حصر انضباط المكيل بالكيل والموزون بالوزن اذ لو اسلم في المكيل وزناً كما اذا اسلم في البر والشعير وزناً ، فيه روايتان . والمعتمد الجواز ، لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلاً (بحر) .

وفي البزازية : الثوم والبصل يجوز السلم فيه وزناً لا عدداً ، واللبن والعصير والخل يجوز كيلاً او وزناً اه .

وفي الهندية : ويجوز السلم في السمن كيلاً ووزناً اه وفيها ايضاً : ويجوز السلم في العدديات المتقاربة حتى يجوز في الجوز والبيض عدداً او كيلاً او وزناً اه .

ولا بد من تقييد الموزون بكونه مثمناً كما قيده في الهداية والكنز والتنوير وغيرها ، احترازاً عما اذا كان ثمناً كالدراهم والدنانير ، فإنها وان كانت موزونة الا انه لا يصح الاسلام فيها لأن السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع . ولو جاز فيهاً انعكس (بحر) لكن اذا كان راس المال دراهم او دنانير ايضاً كان العقد باطلا اتفاقاً . وان كان غيرها كثوب في عشرة دراهم ، لا يصح سلماً اتفاقاً .

وهل ينعقد بيعاً في الثوب بثمن مؤجل ؟ — قال ابو بكر الاعمش ينعقد ، وعيسى ابن ابان لا ، وهو الاصح (نهر وهذا صححه في الهداية ، ورجح في الفتح الأول ، واقره في البحر واعترضه في النهر بما هو ساقط جداً كما اوضحته فيما علقته

على البحر . كذا في رد المحتار .

وفي الهندية : وينبغي ان يعلم قدره بمقدار يؤمن فقده من ايدي الناس ، ولو علم قدره بمكيال بعينه كقوله بهذا الاناء بعينه او بهذا الزنبيل او بوزن هذا الحجر ، لا يجوز ان كان لا يعلم كم يسع في الاناء ولا يعرف وزن الحجر . وكذا في الذرعيات ينبغي ان يعلم قدره بذراع يؤمن فقده من ايدي الناس وان اعلمه بخشبة بعينها ، ولا يدري كم هي ، او بذراع يده او بيد فلان ، لا يجوز ولا يصح بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا كان كيل الرجل وذراعه مغايرين لكيل العامة وذراعهم . واما اذا كانا موافقين لكيل العامة وذراعهم فتقييده بذلك يكون لغواً والسلم جائز . ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط ، كالقصاع مثلاً فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب ، لا يجوز للمنازعة ، الا في قرب الماء للتعامل فيه اه .

وفي البحر عن البزازية : اذا اطلق ذكر الذراع في الثوب فله ذراع وسط .
وفي الذخيرة : واختلف المشايخ في تفسير قول محمد ذراع وسط منهم من قال اراد به المصدر وهو فعل الذرع لا الاسم ، وهو الخشبة ، يعني لا يمد كل المد ولا يرخي كل الارخاء . وبعضهم قال اراد به الخشب . والصحيح انه يحمل عليهما اذا شرط مطلقاً ، فيكون له الوسط منهما نظراً للجانبين اه .

ثم اعلم ان اسلام الموزون في الموزون والمكيل في المكيل لا يصح لوجود علتي الربا او احدهما ، فلو اسلم حنطة في حنطة او حنطة في شعير ، لا يجوز . وكذا لا يجوز اسلام سمن في سمن ولا حديد في حديد ولا دبس في سمن ولا حديد في قطن ، وذلك لوجود علتي الربا في متحدي الجنس ، او احداهما في مختلفيه . الا انهم استثنوا النقدين ، فإنهما وان كانا من المرزونات يصح اسلامهما في موزون من غير النقدين ، لانعقاد الاجماع على صحته ، كيلا ينسد اكثر ابواب السلم . واما اسلام المكيل في الموزون ، وكذا العكس ، فإنه جايز فيجوز اسلام حنطة في سمن وحرير ، وكذا العكس . هذا ما صرح به في الفتح والبحر والخانيه والهندية وغيرها .

ثم ان ما نص الشارع على كونه كيلياً وهو البر والشعير والتمر والملح ، او

وزنياً وهو الذهب والفضة ، فهو كذلك لا يتغير ابداً . وما لم ينص عليه ، حمل على العرف (كذا في التنوير وغيره من باب الربا) وعليه فما تعورف بيعه بالوزن وهو كيلي بالنص كالملح والتمر ، لا يجوز ان يسلم فيه بنحو الحنطة والشعير . وكذا لو اسلم الحنطة كيلاً في الشعير وزناً لا يجوز ، كما لو اسلم الدبس وزناً في السمن كيلاً ، لأن المتعارف كون السمن وزنياً وهو غير منصوص عليه ، فيحمل على العرف . وفي الهندية عن الحاوي : ولو اسلم مكيلاً في مكيل وموزون او شيئاً في جنسه وغير جنسه ، بطل العقد في جميعه في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يصح في حصة الموزون وخلاف الجنس اه .

والموزون الذي لم ينص الشارع على كونه وزنياً يخرج عن كونه موزوناً بالصنعة ، فيجوز ان يسلم فيه بالموزون – كما اذا اسلم حديداً في اواني من نحاس تباع عدداً لا اواني من حديد ، وكما لو اسلم سيفاً فيما يوزن الا في الحديد ، لأن السيف خرج من ان يكون موزوناً ، ومنعه في الحديد في المسئلتين لاتحاد الجنس . ولهذا جاز ايضاً اسلام البر في الخبز ، لأن الخبز بالصنعة صار جنساً آخر حتى خرج من ان يكون مكيلا . يعلم هذا من الدر وحواشيه .

وفي الهندية : ولا يجوز السلم في الخبز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . وعلى قول ابي يوسف يجوز ، واختاره المشايخ اذا اتى بشرايطه لحاجة الناس . لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى ، حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض . ولا يجوز اسلام الخبز في الحنطة والدقيق . وعندهما يجوز ، وعليه الفتوى اه .

بقي اسلام الحنطة في دقيقها والشعير في دقيقه ، حيث تعورف بيع الدقيق وزناً ، هل يجوز ؟ — لم اره الآن . نعم نقل في رد المحتار انه يجوز بيع الدقيق واستقراضه وزناً اذا تعارف الناس ذلك استحساناً عند ابي يوسف . ثم قال : ونقل بعض المحشين عن تلقيح المحبوبي ان بيعه وزناً جايز لأن النص عين الكيل في الحنطة دون الدقيق اه لكن لم يذكر انه بالصنعة اختلف جنسه عن القمح ، فليتأمل وليراجع . وفي الخانية : لو اسلم قطناً هروياً في ثوب هروي جاز ، لأن الثوب لا يجانس القطن . ولو اسلم شعراً في مسح من الشعر ان كان المسح بحيث لو نقض

لا يعود شعراً جاز ، وان كان يعود لا يجوز . ولو اسلم فلوساً في صفر اوسيفاً في حديد او قصباً في بواري لا يجوز ، بخلاف القطن مع الثوب اه .

المادة ٣٨٣ — ✻ العدديات المتقاربة كما تتعين مقاديرها بالعد تتعين ايضاً بالكيل والوزن ✻

الفاصل بين العددي المتفاوت والمتقارب ، كما في البحر ، ان ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب ، وبالقيمة يكون متفاوتاً اه

وفي الفتح : ما تفاوت ماليته متفاوت ، كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل . ولا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المالية ، الا اذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد ، كطول وغلظ ونحو ذلك اه كالدر والجواهر واللآلي والجلود والخشب ، كما في البحر ، اي وما لم تتفاوت ماليته متقارب كالبيض والجوز . قال في البحر : لأنه معلوم مضبوط مقدور التسليم . وما فيه من التفاوت فهدر عرفاً ولا خلاف في جوازه عدداً ، انما الخلاف فيه كيلاً . ومنعه زفر كيلاً اه قلنا لم لا يجوز كيله مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر في العدد بل يتعرف بطريق آخر ؟ — فإن قيل الكيل غير معدل لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل ، قلنا قد علما به ورضي رب السلم ، فإن ما وقع السلم عليه هو مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله . وانما يمنع ذلك في اموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك كيلياً مطلقاً ليكون ربوياً . واذا اجزنا العددي كيلاً ، فوزناً اولى (كذا في الفتح القدير)

ومن العددي المتقارب الكاغد . وحمله في الفتح على كاغد بقالب خاص ، والا لا يجوز اماي لما بين آحاده من التفاوت . وفي رد المحتار عن الجوهرة : لا يجوز السلم في الورق الا ان يشترط منه ضرب معلوم الطول والعرض والجودة اه .

وفي البزازية : يجوز السلم في الأواني المتخذة من الخزف عدداً ان نوعاً يصير

معلوماً عند الناس . يجوز في الكيزان الخزفية اذا بين نوعاً لا يتفاوت آحاده اه وفي الهندية : ويجوز السلم في الجوالق والمسوح والاكسية بصنعة معلومة طولاً وعرضاً ورقة ، لأنه يمكن ضبطها بالوصف ، لا يجوز في الفراء لأنها متفاوتة اه .

المادة ٣٨٤ – ﴿ ما كان من العدديات كاللبن والآجر يلزم ان يكون قالبه ايضاً معيناً ﴾

اللبن بكسر الباء قد تسكن فيصير كحمل الطوب النيء . والآجر بضم الجيم وتشديد الراء مع المد اشهر من التخفيف ، الواحدة آجرة ، هو اللبن اذا طبخ (افاده في رد المحتار)

وانما لزم تعيين القالب في اللبن والآجر لأن آحاده لا تتفاوت اذا عينت الآلة ، وهي الملبن ، اي القالب . واذا لم يتعين لا يجوز لافضائه الى المنازعة (بحر)

وشرط في الخلاصة ذكر المكان فيه . قال بعضهم : اي مكان الايفاء . وهذا قول ابي حنيفة . وقال بعضهم المكان الذي يضرب فيه اللبن اه اي لاختلاف الأرض رخاوة وصلابة وقرباً وبعداً (رد المحتار) قال فيه : ولا يخفى ان الملبن اي القالب اذا كان معيناً لا يحتاج الى بيان صفته ، بخلاف ما اذا كان غير معين فلا بد من كونه معلوماً . ويعلم كما في الجوهرة بذكر طوله وعرضه وسمكه اه اقول : والظاهر انه لا بد من ذكر ترابه ابيض او احمر مثلاً ، فإنه بالتراب الأبيض اقوى منه بالتراب الاحمر . لكن ذكر محل ضربه يغني عنه اذا كان تراب المحل معلوماً للمتعاقدين .

وفي البحر عن الذخيرة : لو باع آجراً وبين ملبنها اي قالبها لم يجز من غير اشارة اليه ، اي لجهالته ، لأن اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ، ومن المتفاوت باعتبار نضجه . فاعتبر الأول في السلم للحاجة ، واعتبر الثاني في البيع اه وفي الهندية عن الينابيع : ولا بأس في اللبن والآجر اذا سمي ملبناً معلوماً . وانما يصير الملبن معلوماً اذا نسب طوله وعرضه وعمقه الى ذراع العامة . فان

كان اهل البلدة اصطلحوا على مابن واحد ، فلا حاجة الى بيان المبن اه ٠

المادة ٣٨٥ = ✽ الكرباس والجوخ وامثالها من المزروعات يلزم تعيين طولها وعرضها ورقتها ومن اي شيء تنسج ومن نسج اي محل هي ✽

يعني يلزم ذكر الاوصاف التي يصير المسلم فيه معلوماً بذكرها ، بحيث لا يؤدي الى النزاع ٠ وقوله « يلزم تعيين طولها وعرضها » اي فيما لو اسلم في مائة ثوب من الكرباس مثلا ، فلا بد من ان يبين طول كل ثوب كذا ذراعاً، وعرضه كذلك ٠ وكذا لو اسلم في الف ذراع من الكرباس او الجوخ فلا بد من ان يبين عرضه كذا ذراعاً ٠

وقوله « من اي شيء ينسج » اي من قطنٍ او كتانٍ او صوفٍ او حريرٍ ، او مركبٍ من اثنين او ثلاث منها ٠

وقوله « من نسج اي محل هي » اي نسيج الشام والروم او زيد او عمرو (بحر)

قال فيه : ولم يذكر الوزن لأنه ليس بشرط الا في الحرير اذا بيع وزنا لأنه لا يعلم الا بالوزن ٠ وفي الظهيرية : ولا يشترط ذكر الوزن في الكرباس ٠ واختلفوا في الحرير ، والصحيح اشتراطه اه ٠

اقول : وفي زماننا الكرباس وهو المسمى بالخام على انواع شتى ، واختلاف انواعه باختلاف وزنه ٠ فهو وان كان ذرعياً الا ان ذرعه معتبرٌ بالوزن بالبيرات ، لأن البيرة اسمٌ لمائة واربعين درهماً ٠ فالثوب الذي وزنه ثلاث بيرات مثلاً تكون قيمة الذراع منه قرشاً واحداً ، والثوب الذي وزنه اربع بيرات مثلاً تكون قيمة الذراع منه قرشاً وربعاً ، وهكذا ٠ وعليه فلا شك ان السلم فيه لا يصح بدون ذكر وزنه كذا بيرة وبعد ذكر الوزن يبين اوصافه المذكورة والا ادى الى النزاع ، فليتدبر ٠ نعم غير الكرباس المذكور من المنسوجات كالجوخ

والشيت اليمني وكمنسوجات بلادنا من القطن الخالص او المركب من القطن والحرير وغيرها من المزروعات ، فلا عبرة فيها للوزن ، بل لبيان الاوصاف التي تمنع من الوقوع من النزاع . قال في البحر : ولو اسلم في ثوب الخز ان بين الطول والعرض والرقعة ولم يذكر الوزن ، جاز . وان ذكر الوزن فقط ، لا يجوز اه وفي الفتح : وكذا يجوز في البسط، والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصفة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل والخفة من الثياب عرفاً اشترط بيان وزنه اه .

المادة ٣٨٦ = ✻ يشترط لصحة السلم بيان جنس المبيع مثلاً انه حنطة او ارز او تمر . ونوعه ككونه يسقى من ماء المطر (وهو الذي نسميه في عرفنا بعلا) او بماء النهر والعين وغيرها (وهو ما يسمى عندنا سقياً) وصفته كالجيد والخسيس . وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان تسليمه ومكانه ✻

قد تضمنت هذه المادة ذكر سبعة شروط من شروط صحة السلم ، وهي التي لابد من ذكرها في عقد السلم كما تقدم في اول الباب . وله شروط اخر يشترط وجودها لا ذكرها . وجملة الشروط كما في الدر والبحر سبعة عشر شرطاً . قال في ردالمحتار : ستة في راس مال السلم ، وهي بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره ونقده وقبضه قبل الافتراق . وأحد عشر في المسلم فيه ، وهي الاربعة الأول ، وبيان مكان ايفائه واجله وعدم انقطاعه وكونه مما يتعين بالتعيين وكونه مضبوطاً بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب . وواحد يرجع الى العقد وهو كونه باتاً ليس فيه خيار شرط . وواحد بالنظر للبدلين وهو عدم شمول احدى علتي الربا البدلين (منح بتصرف) اه .

وبهذا تعلم ان بيان الجنس والنوع والصفة هي مثل بيان المقدار ، كما تشترط في المبيع اي المسلم فيه تشترط في الثمن ، اي رأس مال السلم . فهي ثمانية بالتفصيل،

فإن ما يجوز كونه مسلماً فيه لا يجوز كونه راس مال ، ولا ينعكس ، لان النقد يكون راس مال ولا يكون مسلما فيه (افاده في الفتح) .

ثم ان بيان مقدار الثمن وهو راس المال انما يكون شرطاً ان تعلق العقد بمقداره بأن تنقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه ، وذلك انما يكون في الثمن المثلي ، اعني المكيل والموزون ، والعددي المتقارب . وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما لا يشترط بيانه مطلقاً ، بل تكفي الاشارة اليه . فلو قال اسلمت اليك هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وزن الدراهم ، او قال اسلمت اليك هذا البر في كذا منّاً من الزعفران ولم يدر قدر البر ، لا يصح عنده ، وعندهما يصح . واجمعوا على ان راس المال اذا كان ثوباً او حيواناً يصير معلوماً بالاشارة .

ومن فروع اشتراط بيان مقدار الثمن اذا كان مثلياً على قول الامام ما لو اسلم في جنسين ، كمائة درهم في كر حنطة و كر شعير بلا بيان حصة واحدة منهما من راس المال ، لم يصح فيهما لانقسامه عليهما بالقيمة ، وهي تعرف بالحزر . وكذا لو اسلم جنسين كدراهم ودنانير في كر حنطة وبين قدر احدهما فقط لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره ، فيبطل في الآخر ايضاً لاتحاد الصفقة (بحر ، افاده في الدر وحواشيه) .

وقوله « وزمان تسليمه » اي المبيع ، وذلك لأنه يشترط كون المسلم فيه مؤجلاً الى اجل معلوم ، واقله شهر ، كما في الكنز والتنوير وغيرهما . قال في البحر : فلا يصح السلم الحال عندنا لأنه جوز رخصة للمفاليس دفعاً لحاجاتهم ، فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل ، فلا يجوز في غيره اه وفي حاشية (ط) على الدر : فإن اسلما حالاً ثم ادخل الاجل قبل الافتراق وقبل استهلاك راس المال ، جاز كما في الجوهرة اه .

وقوله « ومكانه » اي مكان تسليم المبيع ، اي ايفاء المسلم فيه ، اي فيما له حمل ومؤنة . ولو شرطا الايفاء في مدينة فكل محلاتها سواء فيه ، حتى لو اوفاه في محلة منها برأ ، وليس له ان يطالبه في اخرى . وما لا حمل له ، وهو الذي لا يحتاج في حمله الى ظهر واجرة حمال كمسك وكافور ، لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء اتفاقاً ، ويوفيه حيث شاء في الاصح ، وعليه المتون . ولو عين مكاناً فيما لا حمل له

ولا مؤونة ، تعين في الأصح لانه يفيد سقوط خطر الطريق ، يعني أنه اذا تعين المكان واوفاه في مكان آخر ، يلزم المسلم اليه نقله الى المكان المعين . فإذا هلك في الطريق يهلك عليه ، فيكون رب السلم قد سقط عنه خطر الطريق بذلك — بخلاف مااذا لم يتعين ، فإنه اذا نقل بعد الايفاء الى المكان المعين ، يكون هلاكه على رب السلم . ولو شرط حمله الى منزله بعد الايفاء في المكان المشروط ، لم يصح لاجتماع الصفقتين : الإجارة التي تضمنها شرط الحمل بعد الايفاء ، والتجارة ، الشراء اي المقصود بالعقد .

وتقييد اشتراط الحمل بكونه بعد الايفاء ، لأنه لو شرط الايفاء فقط الحمل فقط او ، او الايفاء بعد الحمل ، جاز . ولو شرط الايفاء بعد الايفاء ، كشرط ان يوفيه في محلة كذا ثم يوافيه في منزله ، لم يجز على قول العامة (الكل من الدر المختار وحواشيه) .

المادة ٣٨٧ ※ يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد . فاذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس مال السلم انفسخ العقد ※

الاولى في تعريب هذه المادة ان يقال «يشترط لبقاء صحة السلم» لأن المراد انه يشترط لبقاء السلم على الصحة تسليم الثمن في مجلس العقد ، فأفاد انه ينعقد صحيحاً بدون التسليم ثم يفسد بالافتراق بدونه ، وهذا هو الصحيح ، كما في البحر . وقيل انه شرط انعقاد ، واطلاقه يشمل ما اذا كان الثمن عيناً . حتى لو اسلم عبداً في ثوب وافترقا قبل قبض العبد ، يبطل العقد . وهذا جواب الاستحسان ، لان السلم ينبىء عن اخذ عاجل بآجل ، وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه . وجواب القياس انه اذا كان راس المال عيناً لا يبطل العقد بالتفرق قبل القبض ، لان هذا العقد اعتبر سلماً في حق الثوب بيعاً في حق العبد ، ويجوز ان يعتبر في عقد واحد حكم عقدين ، كما في الهبة بشرط العوض

(افاده في البحر) وفي قوله « فإذا تفرق العاقدان الخ » اشارة الى ان القبض في مجلس العقد ليس بشرط ، وانما الشرط ان يوجد القبض قبل تفرق العاقدين وان اختلف المجلس . ولذا قال في التنوير وشرحه الدر : ويشترط قبض راس المال ولو عيناً قبل الافتراق بأبدانهما . وان ناما او سارا فرسخاً او اكثر ، ولو دخل ليخرج الدراهم من البيت ، ان توارى عن المسلم اليه ، بطل ، وان بحيث يراه ، لا اه وفي الخانية : ولو ناما او نام احدهما ، ان كانا جالسين لم يكن ذلك فرقة لتعذر الاحتراز عنه . وان ناما مضطجعين ، فهو فرقة اه .

ويتفرع على انفساخ العقد بالتفرق قبل تسليم رأس المال انه لو قبض ثم انتقض القبض لمعنى اوجبه ، انه يبطل السلم ، كما لو كان عيناً فوجده معيباً ، او استحق ولم يرض بالعيب ، او لم يجز المستحق ، او ديناً استحق فلم يجزه واستبدل بعد المجلس . فلو قبله ، صح ، او وجده زيوفاً او بنهرجة وردها بعد الافتراق ، سواء استبدلها في مجلس الرد او لا . فلو قبل الافتراق واستبدلها في المجلس او رضي بها ولو بعد الافتراق ، صح . ولو كان الذي وجد معيباً او مستحقاً او زيوفا بعض رأس مال السلم ، فإن كان يسيراً ، استحسن ابو حنيفة فقال يردها ويستبدل في ذلك المجلس . وان كان كثيراً فله حكم الكل . وفي تحديد الكثير روايتان : ما زاد على الثلث او ما زاد على النصف . وان وجده ستوقة او رصاصاً ، فإن استبدلها في المجلس ، صح . وان بعد الافتراق ، بطل ، وان رضي بها لأنها جنس حقه (رد المحتار موضحاً من البحر)

وفي الدر عن البزازية : وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال السلم اه قال في رد المحتار : اي فله ، اي للمسلم اليه ، مطالبة الكفيل والمحتال عليه . فإن قبض رأس المال من المحتال عليه او الكفيل او رب السلم في مجلس العاقدين ، صح ، وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة . وفي الرهن ، ان هلك الرهن في المجلس ، فلو قيمته مثل رأس المال او اكثر ، صح . ولو اقل صح العقد بقدره ، وبطل في الباقي . وان لم يهلك حتى افترقا ، بطل السلم وعليه رد الرهن لصاحبه (بحر عن البدايع ملخصاً اه) وفي حاشية ابي السعود على مسكين عن منية المفتي : انه تصح الكفالة بالمسلم فيه ايضاً . وما سيأتي في الكفالة من انها لا تصح في المبيع

لأنه مضمون بغيره وهو الثمن ، فذاك في بيع العين ، وهذا بيع الدين اه قال في رد المحتار: اي لأن عقد السلم لا ينفسخ بهلاك قدر المسلم فيه قبل قبضه، لأن له ان يقيم غيره مقامه لعدم تعينه . بخلاف هلاك المبيع العين قبل قبضه ، فإنه مضمون بغيره ، وهو الثمن ، فيسقط عن المشتري . وسمي الثمن عيراً لان المضمون بالقيمة مضمون بعينه حكماً . وفي البحر عن ايضاح الكرماني : لو اخذ بالسلم فيه رهناً وسلطه على بيعه فباعه ولو بغير جنس المسلم فيه ، جاز اه .

ومما يتفرع على اشتراط القبض قبل التفرق ما لو اسلم مائتين في كر حنطة ، منهامائة دينٌ على المسلم اليه ، ونقده مائة ، فإن السلم في حصته الدين باطلٌ لفوات قبضه ، وصح في حصة النقد . ولا يشيع الفساد في الكل لان الفساد طاري، لأنه عرض بالافتراق قبل القبض لما مر ان القبض شرطٌ لبقاء العقد على الصحة لا شرط الانعقاد ، حتى لو نقد الدين في مجلسه صح في الكل .

وقيدنا بكون مائتي الدين والنقد متحدي الجنس لأنه لو اختلفا بأن اسلم مائة درهم نقداً وعشرة دنانير ديناً ، او بالعكس، لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما مر ، واما حصة العين فلجهالة ما يخصه . وهذا عنده ، وعندهما يجوز في حصة النقد .

وقيدنا بكون الدين على المسلم اليه لأنه لو كان على غيره بأن قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان ، بطل في الكل وان نقد الكل، لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد ، وهو مفسدٌ مقارنٌ فيتعدى (الكل من البحر والدر وحواشيه)

و قيدنا بكونه جعل الدين عليه رأس المال لأنه لو لم يجعله وانما وقعت المقاصة بأن وجب على المسلم اليه لرب السلم دين مثل رأس المال ، فلا يخلو: اما ان يجب الدين الآخر بالعقد او بالقبض ، فإن كان الأول فإما بعقد سابق على السلم او متأخر عنه . فإن كان الأول بأن كان رب السلم باع المسلم اليه ثوباً بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اسلم اليه عشرة دراهم في كر ، فإن تراضيا بالمقاصة ، صار قصاصاً ، وان ابى احدهما لا يصير قصاصاً استحساناً ، لأن العقد موجبٌ للقبض حقيقة لولا المقاصة ،فاذا تقاصا تبين انه انعقد موجباً قبضاً بطريق المقاصة، وقد وجد .

وان وجب بعقد متأخر عن السلم، لا يصير قصاصاً وان جعلوه قصاصاً هذا اذا وجب الدين بالعقد ، فإن وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصاً جعلوه اولا بعد ان كان وجوب الدين متأخراً عن العقد . هذا اذا تساوي الدينان ، فأما اذا تفاضلا بأن كان احدهما افضل والآخر ادون ورضي احدهما بالقصاص وابى الآخر ، فإنه ينظر : فان ابى صاحب الافضل لا يصير قصاصاً لأن حقه في الجودة معصوم محترم ، فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه . وان ابى صاحب الادون يصير قصاصاً ، لأنه لما رضي به صاحب الافضل فقد اسقط حقه . وكذلك المقاصة في بدل الصرف على هذه التفاصيل (بحر عن البدائع) .

قال : وهذا كله في راس المال . اما المقاصة بالمسلم فيه ، فقال في الايضاح : ان وجب على رب السلم دين مثل المسلم فيه ، بسبب متقدم على العقد او بعده ، لم يصر قصاصاً . وان وجب بقبض مضمون كالغصب والقرض صار قصاصاً ان كان قبل العقد ، وان كان بعده فجعله قصاصاً جاز . وان كان وديعة عند رب السلم قبل العقد او بعده ، فجعله المسلم اليه قصاصاً ، لم يكن قصاصاً الا ان يكون بحضرتها ، او يخلي بينه وبينها ولا يصير المغصوب قصاصاً ، الا اذا كان مثل السلم فيه ، فإن كان اجود او اردأ ، فلا بد من رضاهما اه .

﴿ تنبيه ﴾

بقي من شروط السلم نقد راس مال السلم . وليس المراد بالنقد القبض فإنه شرط آخر ، بل المراد به انتقاده ليعرف جيده من الرديء وفائدة اشتراطه الاحتراز عن الفساد . لأنه اذا رد بعيب الزيافة ولم يتفق الاستبدال في مجلس الرد ، انفسخ العقد بقدر المردود . وتمامه في رد المحتار .

ومنها عدم خيار الشرط ، لما تقرر من ان قبض رأس المال قبل التفرق شرط بقائه على الصحة . وخيار الشرط يمنع تمام القبض .

وفي البزازية : ويبطله خيار الشرط ، فأن اسقطه قبل الافتراق ، وراس المال قائم في يد المسلم اليه ، صح . وان هالكاً لا ينقلب صحيحاً (بحر)

وفيه: وقالوا : ولا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لأنه دين في الذمة ، ويثبت فيه خيار العيب . ويثبتان في راس المال اذا كان مما يتعين ، والا فخيار الرؤية لا يثبت في النقود اهـ .

ومنها : ان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا . وهو القدر المتفق اوالجنس كاسلام الموزون في الموزون والمكيل في المكيل . وتقدم تحقيقه في شرح المادة ٣٨٢ .

ومنها وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعاً عند العقد ، موجوداً عند المحل ، او بالعكس ، او منقطعاً فيما بين ذلك ، لم يجز ، لأنه غير مقدور التسليم ، كتوهم موت المسلم اليه . فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم . وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق التي تباع فيها . وان كان في البيوت . ولو انقطع عن ايدي الناس بعد الحلول قبل ان يوفي المسلم فيه ، فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد ، واخذ راس ماله . وان شاء انتظر وجوده . ولو انقطع في اقليم دون اقليم ، لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد فيه ، لأنه لا يمكن احضاره الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم ، حتى لو اسلم في الرطب ابخاري لا يجوز ، وان كان يوجد بسجستان . ولو انقطع المسلم فيه في اوانه . يتخير رب السلم ، وعن الامام انه ينفسخ (بحر) .

ومنها ان يكون المسلم فيه ، مما يتعين بالتعيين ، فلا يصح السلم في النقدين . كما تقدم في شرح المادة (٣٧٢) وفي التبر روايتان ، كما في البحر .

❊ تتمة ❊

لا يجوز التصرف لمسلم اليه في راس المال ، ولا لرب السلم في المسلم فيه قبل القبض ، بنحو شركة ومرابحة وتولية . اما الاول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق . واما الثاني فلانه تصرف بالمنقول قبل قبضه وهو لا يجوز . وصورة الشركة ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك . وصورة التولية ان يقول لآخر اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك . وصورة المرابحة ان يأخذ زيادة على ما اعطى . وكذا لا يجوز ذلك مع من عليه ، فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم اليه لا يصح ولا يكون

اقالة اه ملخصاً من الدر وحواشيه .

وفي البحر عن المبسوط ولو ابرأ رب السلم المسلم اليه عن طعام السلم صح ابراؤه في ظاهر الرواية . وروى الحسن انه لا يصح ما لم يقبل المسلم اليه ، فإن قبله كان فسخاً رب لعقد السلم . ولو برأ المسلم اليه رب السلم من رأس المال وقبل الابراء ، يبطل السلم . وان رده ، لا . والفرق بين رأس المال والمسلم فيه ان المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس ، بخلاف رأس المال اه .

فروع

في الدر عن الصغري : اقالة بعض السلم جايزة اه اي لو اقاله عن نصف المسلم فيه او ربعه مثلا جاز ، وبقي العقد في الباقي . قال في البحر : واحترز به عن الاقالة على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيداً فتقايلا على الردئ على ان يرد المسلم اليه درهماً ، لا يجوز عندهما خلافاً لأبي يوسف ، في رواية ، فيجوز عنده لا بطريق الاقالة ، بل بطريق الحط عن رأس المال اه . قال الرملي : وفيه صراحة بجواز الحط عن رأس المال ، وتجوز الزيادة فيه . والظاهر فيها اشتراط قبضها قبل التفرق بخلاف الحط . وقدمنا انه لا تجوز الزيادة في المسلم فيه ، ويجوز الحط اه . كذا في رد المحتار .

لا يجوز لرب السلم شراء شيء من المسلم اليه برأس المال بعد الاقالة قبل القبض بحكم الاقالة .

تنوير

اذا اختلف رب السلم والمسلم اليه في اشتراط وصف السلم بأن قال احدهما شرطناه رديئاً وقال الآخر لم نشترط شيئاً ، او قال احدهما شرطنا الأجل وقال الآخر لم نشترط شيئاً ، كان القول لمن ادعى الاشتراط فيهما ، لا لمن نفاه ، لأنه مدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلاً موصوفاً فشهد له الظاهر . ولو اختلفا في مقدار الاجل فالقول للطالب مع اليمين لانكاره الزيادة ، واي برهن قبل برهانه ، وان برهنا قضى ببينة المطلوب ، لاثباتها الزيادة وان اختلفا في مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة فإن برهنا قضى ببينة المطلوب ، لاثباتها زيادة الاجل فالقول قوله اي المسلم اليه والبينة بينته (بحر وتمامه فيه)

لا يصح السلم في اللحم عند ابي حنيفة ، وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه

٢-٢

وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب او الفخذ مائـة رطل ، لأنه موزون مضبوط بالوصف فصار كالألية والشحم ، بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر على وصف موضع منه . وفي الحقائق والعيون : الفتوى على قولهما ، وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم . وقد قيل لا خلاف ، فمنع ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم ، وقولهما فيما اذا بينا (بحر مختصراً) .

لا يصح السلم في بر قرية بعينها او تمر نخلة معينة ، الا اذ كانت النسبة لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها بعينه . وانما لا يصح لاحتمال ان يعتريها آفة ، فلا يقدر على التسليم . وكذا لا يجوز في حنطة حديثة قبل حدوثها لأنها منقطعة في الحال ، وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت الحل شرط (فتح وبحر ودر)

الفصل الرابع
في بيان الاستصناع

المادة ٣٨٨ — ﴿ اذا قال شخص لأحد من اهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استحساناً ﴾

الاستصناع نوع من انواع البيوع . وقد اختلفت عباراتهم عن هذا النوع . قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة . وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل — وجه القول الاول ان الصانع لو احضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع ، لجاز . ولو كان شرط العمل من نفس العقد ، لما جاز ، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي .

والصحيح هو القول الأخير ، لان الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه

العمل لا يكون استصناعاً ، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه — ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً وهذا يسمى استصناعاً ، واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل — واما اذا اتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع ، فانما جاز لا بالعقد الاول ، بل بعقد آخر . وهو التعاطي بتراضيهما ، وهو جائزٌ استحساناً والقياس يقتضي عدم الجواز لأنه بيع المعدوم ، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له اجل .

وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل ، فإن الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير ، والقياس يترك بمثله اه (عناية) .

وفي البحر ما ملخصه : الاستصناع لغةً طلب الصنعة ، وشرعاً ان يقول لصانع خف مثلاً اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا من اديم كذا من عندك بكذا وكذا ويُعطي الثمن المسمى او لا يعطي شيئاً ، فيقبل الآخر منه . ودليله الاجماع العملي ، وهو قاضٍ على القياس . وحكمه الجواز لا على وجه اللزوم ، لأنه شبيهٌ ابتداءً بالاجارة ، والصانع لا يمكنه العمل الاّ باتلاف عينٍ له من قطع الاديم ونحوه ، والاجارة تنفسخ بهذا العذر — ولذا قلنا ان للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع ، لأن العقد غير لازم . واما بعد ما رآه ، فالأصح انه لا خيار للصانع ، بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه لأنه بالآخرة بايع له .

يتفرع على عدم لزومه ما في فتاوى قاضيخان من الدعوى : رجلٌ استصنع رجلاً في شيء ثم اختلفا في المصنوع ، فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك به ، وقال الصانع فعلت ، قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الاخر . ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت اليّ في كذا ، وانكر المدعي عليه ، لا يحلفاه

— وهذا ، اي عدم اللزوم ، قول الامام الاعظم ، ولو بعد رؤية المستصنع المصنوع . وقد مشت المجلة في الفقرة الاولى من المادة (٣٩٢) الآتية على قول الامام ابي يوسف رحمه الله تعالى بأن المستصنع اذا رأى المصنوع على الشروط

التي بينهما ، لاخيار لأحد العاقدين بالرجوع ، وهو الارفق بالناس . اما عدم الخيار للصانع ، اي بعد ما احضره ، فلأنه باحضاره اسقط خيار نفسه الذي كان له قبله . واما عدمه للمستصنع فلأن في اثبات الخيار له اضراراً بالصانع ، لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله اه ملخصاً بنوع اختصار من الفتح والعناية والدر وحواشيه .

وشرط جوازه بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته ، لأنه لا يصير معلوماً بدونه ، وان يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس . قال :

❊ مثلاً لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له اصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع او تقاول مع نجار على ان يصنع له زورقاً او سفينة و بين طولها وعرضها واوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع ❊

يعني لا عدة ، لأن الاستصناع ، كما في البدائع ، مشتمل على معنى عقدين جائزين ، وهو السلم والاجارة ، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة ، والاجارة على استئجار الصانع للعمل ، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين لا يكون مواعدة . ولأنه بعد الفراغ منه والاراءة ، اذا كان موافقاً للشروط يكون لازماً على القول الارفق كما قدمنا ، والمواعدة لا لزوم فيها — والمعقود عليه هو العين ، لكن بشرط ان يكون عمل الصانع بعد العقد .

واما صحته لو اتى بالمصنوع من غيره أو من عمله قبل العقد فإنما صح لانعقاده بعقد آخر ، وهو التعاطي بالتراضي بينهما كما قدمناه عن البدائع . اذ ربما يكون الصانع احذق من غيره ، فلا يرضى المستصنع الا عمله . قال :

❊ كذلك لو تقاول مع صاحب معمل على ان يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر اوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع ❊

لكن لو سلم الى حداد حديداً ليعمل له اناء معلوماً بأجر معلوم ، او جلداً الى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم ، فذلك جائز ولا خيار فيه ، لأن هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً ، فإن عمل كما امر استحق الاجر ، وان افسد فله ان يضمنه حديداً مثله ، لانه لما افسده فكانه اخذ حديداً له واتخذه آنية من غير اذنه والاناء للصانع لان المضمونات تملك بالضمان (بدائع) .

المادة ٣٨٩ = ﴿ كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق ﴾

تقدم ان القياس يقتضي عدم جواز الاستصناع لأن بيع المعدوم ، وجوازه استحساناً في ما جرى العرف والعادة في التعامل به من اواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والطشت والقمقمة ونحو ذلك . واما ماليس فيه تعامل ، كنسج الثياب ، يرجع فيه الى القياس — فعلى هذا لا يجوز استصناع حايك على ان ينسج له ثوباً لعدم التعامل .
ثم ما ورد التعامل في استصناعه سواء كان مؤجلا الى شهر او ازيد ، او لم يكن مؤجلا ، فالتأجيل يحمل على الاستعجال ولا يخرجه عن كونه استصناعاً ، وهو قول الامامين وعليه مشت هذه المادة لكونه ارفق . وعند الامام الاعظم اذا ذكر الاجل يصير سلماً فيشترط فيه ما يشترط للسلم . وجه قولهما انه بدون ذكر الاجل جائز غير لازم ، فبذكر الأجل فيه لا يصير لازماً ، لأن ذكر الاجل للتيسير وتأخير المطالبة فلا يتغير فيه العقد من الاستصناع الى السلم ، ولأن اللفظ حقيقة للاستصناع وقد امكن العمل بحقيقة اللفظ ، وذكر الأجل يقتضي ان يكون سلماً لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل ، واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل ، فيحمل الثاني على الأول (مبسوط وعناية) وجه قول الامام ان هذا مبيع دين ، والمبيع الدين لا يكون الا سلماً كما

لو ذكر لفظ السلم . بيانه ان المستصنع فيه مبيع والأجل لا يثبت الا في الديون ، فلما ثبت فيه الأجل عرفنا انه مبيع دين ، والعبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني . راجع المادة (٣) وتمامه في المبسوط . قال :

﴿ واما ما لم يتعامل باستصناعه ﴾

اي لم يتعارف فيه على عقد الاستصناع كالثياب ، ينظر :

﴿ اذا بين فيه المدة ﴾

على وجه الاستمهال . اما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على ان يفرغ غداً او بعد غد ، لا يصير سلماً . قال :

﴿ صار سلماً وتعتبر فيه شرايط السلم ﴾

لتعذر جعله استصناعاً ، لعدم التعامل . قال :

﴿ واذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع ايضاً ﴾

والحاصل ان ما تعورف استصناعه ولم يبين له مدة اصلاً او بين دون الشهر ، فهو استصناع بالاتفاق . وان بين له مدة شهر او اكثر فهو استصناع عندهما ، سلم عنده . وما لم يتعارف استصناعه ، ان بين فيه مدة السلم شهر او اكثر ، فهو سلم بالاتفاق . وان لم يبين فيه مدة فهو استصناع فاسد منهي عنه . فهو وان كان فاسداً لكن بعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح وقد اشارت المجلة الى هذا بقولها « كان من قبيل الاستصناع » اي تجري فيه احكام الصحيح وان لم يكن استصناعاً مشروعاً . والذي يظهر للعبد الضعيف زلة قلم بعض الشراح هنا حيث ظن من عبارة المجلة « كان من قبيل الاستصناع ايضاً » ومن اخذه احكام الصحيح ، انه قول في المذهب بأنه صحيح وان المجلة اختارته ، مع انه مصادم لما اجمعوا عليه من ان الاستصناع لا يكون الا فيما فيه تعامل — وبعضهم ، وهو الفاضل علي حيدر افندي ، اعترض عليه وعلى المجلة ظاناً انه حيث كان فاسداً لا يصح وقوعه استصناعاً . وهذا وهم ، والحقيقة ان المجلة لم تغلط بقولها (كان من قبيل الاستصناع ايضاً) لأن من العقود ما يكون فاسداً منهياً عنه وبعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح ، كالمبيع بعقد فاسد يدخل في ملك المشتري بالقبض ، والرهن الفاسد بشيوع او غيره اذا كان سابقاً على الدين ،

يأخذ حكم الصحيح بعد وقوعه . حتى لو نقض الراهن العقد بحكم الفساد واراد استرداد المرهون ، كان للمرتهن حق حبسه حتى يؤدي اليه الراهن ما قبض . واذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة فالمرتهن اولى من سائر الغرماء . قال في التنوير: « كل حكم في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد » فعلم من هذا انه لا يلزم من عدم جواز ايقاع الفاسد ان لا يترتب عليه حكم بعد وقوعه . يشير الى هذا عبارة المجلة (كان من قبيل الى اخ)

المادة ٣٩٠ = ❋ يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب ❋

لما مر من البحر والبدائع ان من شرط الاستصناع بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته - مثلاً لو اوصى صانعاً بان يعمل له طشتاً ، يلزم بيان الجنس الذي يعمل منه الطشت حديداً او نحاساً ، ونوع الحديد ومقدار حجمه ولونه وكونه منقوشاً اولا ، الى غير ذلك بوجه يرفع الجهالة لئلا يؤدي الى المنازعة .

المادة ٣٩١ = ❋ لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالا اي وقت العقد ❋

لأن هذا بيع والمستصنع مشترٍ والمشتري لا يلزمه دفع الثمن قبل احضار البائع المبيع لما في التنوير وشرحه الدر المختار : ويسلم الثمن اولا في بيع سلعة بدراهم او دنانير ان احضر البائع السلعة اه .
وقد علل بعض الشراح عدم اللزوم بأن معاملة الاستصناع مبنية على التوسعة والتسهيل ، ولزوم تعجيل الثمن ينافيه وليس بشيء اذ في كثير من الاستصناعات قد يخرج المصنوع من يد الصانع في بضع دقائق ، فما معنى هذا التسهيل ، وكفى

ج — ٣

في تجويز بيع المعدوم تسهيلا – وايضاً على قول الامام ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان المستصنع له خيار الرؤية عند احضار المصنوع ، لأنه شراء ما لم يره ، ومعلوم ان صاحب الخيار انما يلزم بالثمن بعد سقوط خياره . ثم وان الزامه بالثمن عند احضار المصنوع اذا لم يشترط حين العقد تأجيله الى اجل معلوم ، او سكت عن ذلك ثم رضي الصانع بتأجيله بعد احضاره .

المادة ٣٩٢ — ✵ اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع واذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً ✵

لفظ « انعقد » مطاوع عقد من افعال المطاوعة ، وهي حصول اثر الفعل عند تعديه الى مفعوله . تقول فتحت الباب فانفتح وكسرت الحجر فانكسر : فالعقد يقع ابتداء على وجه الخيار ، ثم يحصل اثره وهو الانعقاد لزوماً عند عمل المصنوع واحضاره الى المستصنع اذا وافق شروطه . يشير الى هذه الفقرة الاخيرة من هذه المادة ، حيث جعلت الخيار عند عدم موافقة الشروط ويقابله اللزوم عند موافقتها ، اذ من المعلوم ان وجود المصنوع موافقاً للصنعة المشروطة ، او غير موافق لا يكون الا بعد العمل والاحضار . وهذا ، اي اللزوم عند الموافقة ، قول الامام ابي يوسف لكونه ارفق ، وعليه مشت المجلة ، كما يعلم ذلك من المظبطة المتقدمة من جمعيتها في اول الكتاب .

واما الزام الصانع على العمل وعدم رجوع الآمر عنه ، فهو وان صرح به في التنوير تبعاً للدرر والوقاية الا انه مخالف لكثير من كتب المذهب ، لقول البحر : «وحكمه الجواز دون اللزوم ، ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع ، لأن العقد غير لازم »

ولما في البدائع : واما صفته فهي انه عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا

خلاف ، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل ، كالبيع بالخيار للمتبايعين ، فإن لكل منهما الفسخ اه · واما بعد الفراغ من العمل قبل ان يراه المستصنع ، فكذلك ، حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شاء · واذا احضره الصانع على الصفة المشروطة ، فلا خيار لهما عند الثاني · وعليه هذه المادة ·

فقد ظهر لك بهذه النقول ان الاستصناع لا جبر فيه· نعم اذا كان مؤجلاً الى شهر او اكثر يصير سلماً على قول الامام ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وهو عقد غير لازم يجبر عليه ولا خيار فيه · فلعل من قال يجبر الصانع على عمله ولا يرجع الآمر عنه انما هو فيما اذا صار سلماً · واما ما في الهداية عن المبسوط من انه لا خيار للصانع في الاصح ، فذاك بعد ما صنعه ورآه الآمر كما صرح به في الفتح وهو ما مر عن البدائع · والظاهر ان هذا منشأ توهم صاحب التنوير والدرر (رد محتار) ملخصاً · يقول الحقير : ينبغي ان تحمل الفقرة الاولى من المادة على هذا المراد لموافقته للنصوص المعتبرة ، ولكونه هو الارفق ، ولأنه اظهر وانسب لالتئام الفقرتين ·

وفي شرح الفاضل علي حيدر افندي على هذه المادة ما يناقض آخر كلامه اوله ، لانه شذت المادة بحمل فقرتها الاولى على ما ذكره صاحب الدرر من لزوم العقد في حق الجانبين ولو قبل عمل المصنوع واراءته للمستصنع ، ثم في الفقرة الثانية قال ان اللزوم وعدم الخيار انما يكون بعد عمل المصنوع واراءته للمستصنع · اما بمجرد العقد ، فلا · والصواب هو الكلام الثاني ، وذلك لان الاصل من وضع المجلة ،اختيار ما هو الارفق من الاقوال ولا شك ان القول بالخيار قبل عمل المصنوع واحضاره هو الارفق ، خصوصاً ما مر ذكره من ان الاستصناع شبيه بالاجارة ابتداء ، وهي لا تتم الا باستهلاك الصانع ادبه بالقطع مثلاً ، وذلك من اعذار الفسخ ، والله سبحانه اعلم

ج — ٢

الفصل الخامس

في احكام المريض

لما كان لبيع المريض احكام مخصوصة ليست للصحيح ، افردها من البيوع بفصل على حدة . وكما تكون تلك الاحكام في البيع المطلق ، تكون في المقايضة والصرف والسلم .

وحد مرض الموت في هذا الباب المرض الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان رجلاً ، او عن رؤيتها داخل داره ان كان امرأة ، وفي هذا المرض خوف الموت في الاكثر . وان لم يكن ذا فراش كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد ، والسوقي عن الاتيان الى دكانه ، اعني العجز عن اتيان المصالح القريبة ، حتى لو كان محترفاً بحرفة شاقة كالمكارى والحمال والدقاق والجمال والنجار نحو ذلك مما لا يمكن اقامته مع ادنى مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد والسوق ، لا يكون مريضا . فلا يشترط في هؤلاء العجز عن العمل في حرفتهم ، بل عن مثل ما يعجز عنه الفقيه والسوقي (رد محتار ملخصا) .

وفيه : ثم هذا انما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، اما لو كان غير قادر عليه قبل المرض لكبر او لعلة في رجليه ، فلا يظهر . فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه . ويؤيده ان من الحق بالمريض كمن بارز رجلاً اقوى منه او قدم ليقتل من قصاص او رجم او قدمه ظالم ليقتله ، انما اعتبر فيه غلبة الهلاك مع انه لا مرض اصلا .

ثم هذا المرض انما يعتبر اذا اتصل به الموت قبل مرور سنة . فلو مضت وهو في تلك الحال ، كان كالصحيح . وفي حكمه لو مات قبل السنة بسبب غير المرض كالقتل . وهذا ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ

الاشتداد . فإن مضى عليه سنة ، فكالصحيح . وان مات قبلها ، فتصرفاته تعتبر في مرض الموت . فمن كان صاحب مرض مزمن كالفالج مثلاً وامتد معه سنين ، يعد كالصحيح في تصرفاته كل المدة . وان اشتد وتغير حاله فمات قبل مرور سنة من زمان الاشتداد ، فحالة الاشتداد تعتبر مرض الموت . راجع المادة (٥٩٥)

المادة ٣٩٣ = ﴿ اذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته يصير ذلك موقوفاً على اجازة سائر الورثة ﴾

وهذا قول الامام الاعظم في عدم جواز بيعه من وارثه مطلقاً بمثل القيمة او اكثر منها او بمحاباة . وعليه مشت المجلة لتعلق حق الورثة بالتركة عيناً ومالية ، وبإيثار بعضهم بعين منها منع لهم عنها ، فهو محجور عن ذلك كحجره عن ايثار البعض بشيء من ماله — بخلاف الاجنبي كما سيأتي في المادة بعدها ، فإن المريض ممنوع من التصرف في المرض فيما يرجع الى ابطال حقهم عن ثلثي ماله من حيث المالية ، لا فيما يرجع الى العين . الا ترى ان احدهم لو اراد اختصاصه بشيء من اعيان التركة بنظير نصيبه من الميراث ، ليس له ذلك ، فكذلك المريض لو اراد هذا .

وقالا يجوز البيع من ورائه بمثل القيمة او اكثر لعدم ابطال حقهم بالمالية ، فيستوي فيه الوارث والاجنبي . يوضحه انه ممنوع من الوصية للوارث كمنعه من الزيادة على الثلث للاجنبي . ثم لو باع جميع ماله من الاجنبي بقيمته ، يصح ولا يكون ذلك وصية ، فكذلك مع الوارث اه ملخصاً باختصار من المبسوط من باب الشفعة في المريض .

وحيث صرحت المادة ان المريض مرض الموت لا يجوز ان يبيع شيئاً من ماله لوارثه ، فلا بد من تعيين وقت وراثته ، اذ كونه وارثاً وقت البيع لا يستلزم ان يكون وارثاً للمريض وقت موته — كما لو كان للمريض اخ باعه شيئاً حال مرضه . ثم ولد للمريض ابن ثم مات المريض ، فالأخ وارث حين البيع لا الموت ، لحجبه بالابن .

وبالعكس قد يكون غير وارث حين البيع ، وارثاً وقت الموت — كما لو كان للمريض ابنٌ واخٌ فباع اخاه شيئاً في مرضه ثم مات ابنه ، فالاخ غير وارث حين البيع ، وارث وقت الموت . فالمعتبر كونه وارثاً وقت الموت . ففي الصورة الاولى لا يصح البيع لأنه وان كان غير وارث وقت البيع ، وارثٌ وقت الموت .

ثم اعلم ان هذا الحكم انما هو في البيع وفيما هو من التبرعات كالهبة والوصية لكونها تمليكاً بعد الموت . واما اقرار المريض سواء بدين او عين ، فحكمه كما في منح الغفار ان الاقرار لا يخلو : اما ان يكون المقر له وارثاً وقت الاقرار دون الموت ، او كان وارثاً فيهما ولم يكن وارثاً فيما بينهما ، او لم يكن وارثا وقت الاقرار . فان كان وارثاً وقت الاقرار دون وقت الموت بأن اقر لزوجته مثلا ثم ولد له ولد ، صح الاقرار ، لعدم كونه وارثاً وقت الموت .

وان كان وارثاً فيهما لا فيما بينهما بأن اقر لامرأته ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ، او والى رجلا فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانياً ، لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف ، لأن المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة ثم عقده ثانيا . وعند محمد يجوز ، لأن شرط امتناع الاقرار ان بقي وارثاً الى الموت بذلك السبب ولم يبق ، ولأنه لما صار اجنبياً نفذ الاقرار ، كما لو انشأ في ذلك الوقت الا ترى انه لو لم يعقد ثانياً كان جائزاً ؟ فكذا اذا عقد .

وان لم يكن وارثاً وقت الاقرار ثم صار وارثاً وقت الموت ، ينظر : فإن صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الاقرار بأن اقر لأخيه وله ابن ، ثم مات الابن قبل الاب ، لا يصح اقراره لأن السبب وهي القرابة قائمة وقت الاقرار . وان صار وارثاً بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة ، جاز — بخلاف الهبة ، لأنها وصية ، ولهذا تعتبر من الثلث ، فيعتبر وقت الموت . وبخلاف ما اذا صار وارثاً بالنسب بأن اقر مسلمٌ مريض لأخيه الكافر ثم اسلم قبل موته ، او كان محجوباً بالابن ثم مات الابن ، حيث لا يجوز الاقرار له لأن سبب الارث كان قائماً وقت الاقرار اه كلامه . وذلك لأن الوارثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار ، لكن سببها كان

قائماً ، وهو القرابة ، لم يظهر عملها للحال ، للمانع وهو الاختلاف في الدين . فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده ، لا من وقت زوال المانع (بدائع) .

المادة ٣٩٤ — ﴿ اذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي بثمن المثل صح بيعه ﴾

بخلاف البيع لأحد الورثة فإنه لا يصح كما تقدم في المادة قبلها ، لانهم في تصرفه مع الاجنبي يتعلق حقهم فيما يرجع الى ابطاله عن ثلثي ماله من حيث المالية فقط لا فيما يرجع الى العين ، والمالية لم تتلف عليهم لأن ثمن مثل الشيء كعينه . ولهذا لو باع الأجنبي بالمحاباة في اكثر من الثلث ، يتوقف على اجازتهم . وفي بيعه لاحدهم يتعلق حقهم بالمالية والدين معاً ، وفيه ايثار يوجب المفاضة ، فلا يصح الا باجازتهم ، ولهذا قال:

﴿ وان باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله ﴾

وقد خوله الشرع ان يتصرف به كيف شاء فحينئذ ينظر :

﴿ فإن كان الثلث وافياً بها ﴾

بحيث لا تزيد المحاباة على الثلث .

﴿ صح ﴾ البيع وتعتبر المحاباة من الثلث لازمة في حق الورثة .

﴿ وان كان الثلث لا يفي بها ﴾

بان زادت على الثلث ﴿ لزم المشتري ﴾ اذا لم تجز الورثة .

﴿ اكمال ما نقص من ثمن المثل ﴾

فلو اجاز البعض دون البعض ، اخذ من لم يجز ما اصاب حصته من

النقصان .

❊ فإن اكمل لزم البيع ❊

لعدم ضياع شيء من حقهم المتعلق بالمالية ❊ والا ❊ اي وان لم يكمل .

❊ كان للورثة فسخه ❊

ورد الثمن الذي قبضه مورثهم الى المشتري .

❊ مثلاً لو كان شخص لا يملك الا داراً تساوي الفاً وخمسمائة غرش فباع الدار المذكورة في مرضه لأجنبي غير وارث ❊

احترز عن الوارث لأن الوارث لا يصح بيع المريض منه مطلقاً ، كما تقدم في المادة (٣٩٣) الا باجازة الورثة .

❊ بألف غرش وسلمها ❊

او لم يسلم ، فقيد التسليم هنا اتفاقي ، لان البيع نافذ غير موقوف على اجازة الورثة لصحة تصرفه بالثلث محاباة ❊ ثم مات ❊ في مدة المرض المحدودة لمرض الموت فعلم ان تصرفه صدر في مرض الموت .

❊ فبما ان ثلث ماله يفي بما حابى ❊

به وهو خمساية غرش كان هذا البيع صحيحاً معتبراً وليس للورثة حقيقة فسخه .

❊ واذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمساية قرش وسلمها للمشتري ❊

التسليم هنا قيد احترازي ، لأن بيعه في هذه الصورة غير نافذ في حصة المحاباة التي تلحق الثلثين ، بل ينعقد موقوفاً على اجازة الورثة – وهو في ذلك بمنزلة الفضولي فيما زاد على الثلث فما لم يقبض المشتري لا يكون ذلك في ضمانه ، حتى لو مات المريض وهلك في يد المشتري قبل اجازة الورثة ، كان لهم تضمين القيمة من حصة ما زاد على الثلث .

وقد نقل في رد المحتار عن جامع الفصولين حكم هلاك المبيع فضولا ماحاصله، انه لو هلك قبل الاجازة — فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد ، وان بعده لم يجز بالاجازه ، وللمالك تضمين ايهما شاء . وايهما اختار تضمينه ملكه وبرأ الآخر ، فلا يقدر على ان يضمنه . ثم ان ضمن المشتري بطل البيع لأن اخذ القيمة كأخذ العين ، وللمشتري ان يرجع على البايع بثمنه لا بما ضمن . فان ضمن البايع فإن كان قبض البائع مضمونًا عليه اي بأن قبضه بلا اذن مالكه ، نفذ بيعه بضمانه . وان كان قبضه امانةً وانما صار مضمونًا عليه بالتسليم بعد البيع ، لا ينفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقدة .

﴿ فبما ان ثلث ماله ﴾ الذي هو خمساية غرش ﴿ يعدل نصف ما حابى به مورثهم وهو الف غرش فحينئذٍ للورثة ان يطلبوا من المشتري ما حابى به مورثهم وهو خمسمائة غرش فأن اداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع وانلم يؤدها كان للورثة الفسخ واسترداد الدار ﴾

﴿ تنبيه ﴾

ومثل هذا في الحكم شراء المريض من غير وارثه ، ففي الفتاوى الانقروية عن منية المفتي : اشترى عبداً في صحته بغبن فاحش على انه بالخيار ثلاثة ايام ، ثم مرض فأجاز او سكت حتى مضت المدة ، فالمحاباة من الثلث .

المادة ٣٩٥ ﴿ اذا باع شخص في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مديونًا وتركته مستغرقة ، كان لاصحاب الديون ان يكلفوا المشتري بابلاغ قيمة ما اشتراه الى ثمن المثل واكماله وادائه للتركة ، فإن لم يفعل فسخوا البيع ﴾

المريض يتعلق في ماله حق الورثة — ان لم يكن مديونًا ، وحق الغرماء ان

كان مديونا فالمادتان السابقتان في بيان حكم بيعه من وارثه او اجنبي ، وما ينفذ تصرفه فيه وما هو محجور عنه الورثه ، فياحق الورثة ، فيما اذا لم تكن تركته مستغرقة بالدين . وهذه المادة لبيان الحكم فيما اذا كانت مستغرقة ، وحينئذ فلا تعلق للورثة بشيء من ماله ، حتى لو باعوها لا ينفذ بيعهم ، لأن الميت يبدأ اولا بتجهيزه وتكفينه بالقدر المعروف ، ثم تقضى ديونه ان بقي شيء ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد قضاء الديون ، ثم يقسم ما بقي بين الورثة ان بقي شيء .

فعلى هذا الترتيب لو باع شيئا من ماله بدون ثمن المثل ولو كان الغبن يسيرا ، ثم مات في مرضه عن تركة مستغرقة بالدين بأن كانت مساوية للدين او اقل ، فلا تنفذ وصاياه من الثلث ، ولا يقسم ماله بين الورثة ، بل الحق للغرماء ، لأن وفاء الدين مقدم . فلهم تكليف المشتري بابلاغ الثمن الى القيمة الحقيقية ، فإن ابى فسخوا البيع . ولهذا لا يصح اقراره بدين لآخر في حق غرماء الصحة ، لأن الاقرار وان كان حجة ، الا انه في هذه الحالة احتمل ان يكون قصده تهريب ماله ممن تعلق حقه به ، والدليل على هذا الاحتمال ، المرض فلم يصح ، راجع المادة (٧٣) .

الفصل السادس

= في حق بيع الوفاء =

في الانقروية : اختلفوا في البيع الذي يسميه الناس بيع الوفاء وبيع الجائز . قال اكثر المشايخ ، منهم الشيخ الامام ابو شجاع ، والقاضي الامام ابو الحسن على السغدي : حكمه حكم الرهن ، لا يملكه المشتري ، ويضمن المشتري ما اكل من ثمره ، ولا يباح له الانتفاع ولا الاكل الا بأباحة المالك ، ويسقط الدين بهلاكه اذا كان به وفاء بالدين ، ولا يضمن الزيادة اذا هلك لا بصنعه ، وللبائع ان يستردها

اذا قضى الدين ٠

والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ، ثم ينظر : ان ذكر شرط الفسخ في البيع فسد البيع ، وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء ، او تلفظا بالبيع الجائز ، وعندهما اي في نية المتعاقدين هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم ، فكذلك ٠ وان ذكرا البيع من غير الشرط ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة ، فالبيع جائز ويلزم الوفاء بالوعد ، لأن المواعيد قد تكون لازمة فتجعل لازمة لحاجة الناس (قاضيخان في الشروط المفسدة من البيع) ٠

وهذا الاخير احد الاقوال المذكورة في البزازية في « نوع فيما يتصل بالبيع الفاسد » حيث نقل عن صاحب المنظومة انه قال : اتفق مشايخ الزمان على صحة هذا البيع لانهما تلفظا بلفظ البيع ولا عبرة بمجرد النية بلا لفظ ٠ فإن من تزوج امرأة بنية ان يطلقها اذا مضى سنة ، لا يكون متعة — وانه قد جاء من وقعت معه هذه الحادثة الى صاحب المنظومة وقال بعت حانوتي ، ثم ادعى المشتري انه وفاء وطلب مني نقد الثمن وتسليم الحانوت ، وادعيت انه كان باتاً ، اجابه : القولُ قولك ٠ قال : كان من عزمي ان انقد واسترد ، ومن عزمه الرد حين العقد ، فهل لي ان احلف ؟ اجاب : كان ذلك قبل العقد باللفظ ، ولا عبرة بالسابق ، وحال العقد في القلب ، ولا عبرة له بدون لفظ ، فاللفظ للبيع لا للرهن فيثبت ما تلفظا ٠ فإن قلت : البائع يعمره ويؤدي الخراج في العرف المستمر يدل انه ملكه ، قلت : يفعله طوعاً لا جبراً ، وكذا لا يجبر على ترك الوفاء ويجعل البيع باتاً ويكون للمشتري حق المطالبة في الثمن ٠ فان انهدمت الدار المبيعة لا يجبر البائع على رد الثمن لأنه بمنزلة بيع جديد ٠ وكذا اذا كان المبيع عيناً هلك ، تم الامر ، ولا سبيل لواحد منهما على الآخر اه ٠

فهذا يشعر بعدم اعتبار نية الرهن ، بل اعتبر اللفظ فجعله بيعاً ٠ ثم اجاب عما ينافي البيع بما ذكر — ومن الاقوال انه اذا جرى بلفظ البيع لا يكون رهناً ٠

ثم ان شرطا فسخ البيع في العقد وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء ، او تلفظا بالبيع

الجائز وكان في نيتهما ان هذا البيع غير لازم ، فالبيع فاسد — اي وان يكن فاسداً فهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وللمشتري حبسه حتى يسترد الثمن .

وان ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة ، جاز البيع ولزم الوفاء . وقد يلزم الوعد فيجعل هنا لازماً لحاجة الناس اليه .

ومنها انهما ان شرطا فسخ البيع عند تأدية الثمن ، فإن كان الشرط مع العقد ، فالبيع فاسد . وان بعد العقد ، يلتحق به عند الامام الاعظم ، فيفسد ، خلافاً لهما وان شرطا الوفاء ثم عقدا مطلقاً ، ان لم يقرا بالبناء على الأول فالعقد جائز ولا عبرة بالسابق ، كما في التلجئة عند الامام .

ومنها : انه اذا اطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلاً بفسخ البيع ، اذا احضر البايع الثمن او عهد على انه اذا اوفاه فسخ ، والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش ، او وضع المشتري على اصل المال ربحاً بأن وضع على مائة عشرين درهماً ، فرهن . وان كان بلا وضع ربح بل بمثل الثمن او بغبن يسير ، فبات بشرط ان يعلم البائع بالثمن الفاحش .

اما اذا ظن انه ثمن عدل لكنه بالغبن الفاحش في الواقع ، فاذا ظن المعادلة وباع بالغبن الفاحش ، فبات ، لأنا انما نجعله رهناً بظاهر حاله لأنه لا يقصد البات عالماً بالغبن ، وليس بمعهود وضع الربح على الثمن في البات اه وقد مشت المجلة على انه رهن .

وان ذكراه بلفظ البيع ، ففي البزازية ، ومثله في خزانة المفتين ، انهم يريدون به الرهن . يقول البايع رهنت ، والمشتري ارتهنت ، والناس يسمونه الرهن ، والعبرة للمقاصد لا للألفاظ - كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة — والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة ، وهبة المرأة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح ، والاستصناع الفاسد اذا ضرب فيه الأجل سلم . فهذه العقود اعتبر فيها القصد والمعنى ، فكذا بيع الوفاء .

ح — ٢

المادة ٢٩٦ = ❊ كما ان البايع وفاءً له ان يرد الثمن ويأخذ المبيع كذلك للمشتري ان يرد المبيع ويسترد الثمن ❊

لأن حكمه حكم الرهن كما تقدم في الانقروي عن الخانية ، حيث كان الاعتبار للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني . فالمشترى وفاءً لا يملك المبيع ، فله ان يرد المبيع ويأخذ الثمن ، وليس للمديون ان يقول للدائن عندك رهن بالثمن فلا تطالبني . كما انه اذا اراد المدبون فك المبيع وفاءً بتأدية الدين للمشتري ، فلا حق للمشتري بالامتناع عن اخذ دينه ورد المبيع . غير انه اذا كان الثمن مؤجلاً فلا يجبر البائع على اداء مثله قبل حلول الأجل ، لأن التأجيل حقه ، فله ان لا يسقطه . واما المدبون فله اداء الثمن قبل حلول الأجل واسترداد المبيع اذا اراد ، ويجبر المشتري ، لأن التأجيل حقه وقد اسقطه (هندية عن الفصول العمادية)

وفي جامع الفصولين : ولو بيع كرم بجنب هذا الكرم ، فالشفعة للبائع لا للمشتري .

واستفيد من اطلاق الفسخ للطرفين انهما لو تشارطا على ان البائع ان لم يؤد دينه عند انتهاء مدة التأجيل يكون البيع باتاً ، فانقضت المدة ولم يؤده ، ثم بعد تلك المدة اذا اداه ، ليس للمشتري حق تملكه لأن عقد الوفاء لا يتغير الى البتات بدون عقد جديد (هندية عن الفصولين) ولأن هذا تعليق التمليك بالشرط ، وانه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي ان يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن ، لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند الامام الاعظم ، وعندهما له ان يبيعه عليه ، وهي مسألة الحجر على الحر (بدائع)

وفيه : لو باعه جائزاً اي وفاءً ثم باعه منه باتاً ثم تفاسخا البات ، لم يعد الجائز ، لأن تفاسخهما كبيع جديد .

وفيه . سئل شيخ الاسلام برهان الدين : باعه جائزاً هل للبائع ان يطلبه منه ويقول له دفعت اليه بغير امري ؟ — اجاب لا — هذا لو لم يؤد الثمن الى البايع ،

اما لو اداه ثم قضى مال الوفاء بلا امر البائع ليسلم له المبيع ، هل له ان يرجع به على البائع ؟ قال بعضهم ينبغي ان يكون متبرعاً فلا يرجع ، بخلاف معير الرهن، اذ الرهن ثمنه ورد على ملكه فاضطر في استخلاص ملكه ، ولا كذلك هنا .

وفيه : لو باعه جائزاً واحال بثمنه غيره على المشتري فاستحق المبيع ، فللمحتال ان يطالبه بالباقي ، (واللفظ له) ولعل العبارة مغلوطة والاصوب « بالثمن » لو كانت الحوالة مطلقة لا مقيدة بثمن المبيع وفاء ، وله ، اي للمشتري وفاء ، ان يرجع على بائعه لادائه بأمره .

وهل له ،اي للمشتري ، ان يرجع على المحتال بما ادى ؟ في الجامع اشارة الى ان له ذلك ولو جمع في بيع الوفاء بين العقار والمنقول الذي لا يجوز البيع الجائز فيه على قولهم بأن لم يكن تبعاً للعقار حتى فسد البيع ، هل يفسد في العقار ؟ اجاب لا يفسد في العقار ويبقى بيعاً جائزاً . وهذا اشارة الى ان البيع الجائز لم يجز في المنقول .

وفيه ايضاً : واقعة : اقر في مرض موته انه كان باع في صحته كرمه من فلان الأجنبي بيع وفاء وقبض ثمنه ولم يخرج الثمن من ثلث ماله ، هل يصح اقراره في كل الثمن بلا تصديق الورثة ؟ اجاب : اكثر اهل الافتاء في زماننا ، وان لم يعتمد على قولهم ، انه يصح اقراره وان لم يصدقوه . وزعموا ان اقرار المريض بدين لاجنبي فيصح من كل ماله ، على ما عليه رواية القدروي وغيره قال واجبت انه لا يصح بلا تصديقهم ، وليس الامر كما زعموا ، بل هذا اقرار المريض باستيفاء دين ثبت له في مرضه — كما لو اقر له في مرضه ببيع بات ثم بقبض ثمنه ، يعتبر من ثلثه — وهذا لما سبق في اثناء هذا المجموع من مسائل يدل كل منها على ان بيع الوفاء ليس برهن محض ،وان دين الوفاء وثمن الوفاء ليس بدين محض في ذمة البايع اه .

اقول : بيان ذلك — ما اجاب به اهل الافتاء في زمانه — ان البايع وفاء هو المدبون للاجنبي، والاجنبي هو الدائن، كما هو الحكم في الرهن، وقد اقر له بالدين، فيصح من كل ماله . وعلى مقتضى جوابه، المريض دائن والاجنبي هو المدبون له بثمن المبيع وقد اقر باستيفائه حال المرض، فلا ينفذ الا من الثلث، فلم يكن المبيع وفاء في

هذه الصورة في حكم الرهن المحض ·

لا يقال : ينبغي ان يجوز اقراره في الكل بلا تصديق الورثة لانه دين ثبت له في الصحة ، لأنه اقرانه باعه في صحته ، وكل دين في صحته يجوز اقراره في مرضه باستيفائه من كل ماله ، لانا نقول ليس كذلك بل هو دين ثبت في مرضه فإنه لا يصدقه في الاسناد الى الصحة ، رعاية لحق الورثة ، فيثبت البيع في الحال لا في ما مضى · ومن ذلك ان الثمن لو كان دينًا لكان المبيع رهنًا ، فلا يملك المشتري منافعه ، ويملكها · ومنها انه لو كان دينًا لما جاز البيع وفاء قبل قبض الثمن لأنه يصير رهنًا بلا دين ، وهو لا يجوز ، اي مع انه يجوز قبل قبض الثمن · ومنها انه لو كفل بالدين فشرى الدائن به عقار المديون وفاء تبطل الكفالة ، ثم لا يعود بفسخهما بيع الوفاء · اقول : وجهه انه لو كان رهنًا محضًا لا تبطل الكفالة لأن الرهن للتوثق فلا ينافي الكفالة ، فبطلانها لمعنى ان الدائن قد استوفى حقه ، فسقط الكفالة والساقط لا يعود · ومنها ان زكوة المال تجب على البائع اي لاعتباره دائنًا لا مديونًا وما في يده ثمن المبيع · وهذا يتخرج على ما اختاره من الجواب في المسئلة السابقة في اقرار المريض ·

فلينظر في هذه الاحوال مع قولهم لا فرق بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام ·

المادة ٣٩٧ — ﴿ ليس للبايع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر ﴾

لكن لو صدر من احدهما لا ينفذ بل يتوقف على اجازة الآخر ، لكونه في حكم الرهن · اما البائع ، فلأن المرهون وان يكن ملكه لكن تعلق به حق الدائن ، وهو الحبس الدائم الى ان يستوفي دينه عند علمائنا ، والرهن وثيقة بالدين فيتوقف على اجازة المرتهن او ابرائه عن الدين ، فإن اجاز صار ثمنه رهنًا ، وان لم يجز وفسخ لا ينفسخ نفسخه في الاصح بل يبقى موقوفًا ، والمشتري بالخيار ان شاء صبر

ج — م

الى فكاك الرهن او رفع الأمر الى القاضي ليفسخ البيع (در مختار) — واما الدائن فلأنه ليس مالكاً للرقبة فيتوقف على اجازة المديون المالك ، فإن باعه المديون فأجازه المشتري الدائن وله حق الشفعة ، بطلت شفعته ، بخلاف اجازة المتأجر (فصولين)

وفيه : لو باعه وفاء ثم ان البائع باعه من غيره وفاء باجازة المشتري الأول ، ثم المشتري الثاني قال اخاف ان يتوى حقي على البايع ، فكفل له المشتري الأول ، لا يصح ، الا اذا كانت الكفالة مضافة الى ما بعد الفسخ ، اي فسخ العقد بين المشتري الثاني والبائع ، وذلك لأن المال انما يجب على البائع بعد الفسخ ، لا في الحال كما في الأجنبي ، لأن مال الوفاء ليس بثابت في ذمة البائع ما دام المبيع قائماً .

واقعــة

في الفصولين من بيع الوفاء : باعه وفاء وقبض ثمنه ثم باعه من آخر وفاء قبل الفسخ وقبض منه ثمنه ايضاً ، ثم باعه من ثالث كذلك ، ثم قبض ثمن الأول والثاني لا الثالث حتى باعه اي الثالث من غيره باتاً ، هل يتوقف نفاذه على اجازة هذا المشتري بالوفاء ثالثاً ام لا ؟ قال : اجبت لا ، لأنه لو باعه ثانياً او ثالثاً باتاً وقضى ثمن الأول ، لم يعد البات نافذاً ما لم يجزه المشتري وفاء فما ظنك بالجائز ، اي ببيع الوفاء .

توضيحه : لما باعه الثالث وقد كان البيع موقوفاً ، طرأ ملك باتٌ على موقوف ، والقاعدة ان الملك البات اذا طرأ على موقوف ابطله ، كما لو اشترى من غاصب عبداً فأجاز المغصوب منه البيع ، بطل بيع الغاصب . لأن بيعه كان موقوف النفاذ على ضمانه للمالك ، لأن الملك بالضمان يستند الى زمان الغصب ، فحيث باعه قبل ذلك طرأ ملكٌ بات على موقوف فأبطله - بخلاف ما لو اعتقه الغاصب ثم اجاز المالك العقد ، ينفذ . قال في الدر المختار : لأن الاعتاق انما يفتقر للملك وقت نفاذه ، لا وقت ثبوته .

ج — ٣

المادة ٣٩٨ — ❊ اذا شرط في بيع الوفاء ان يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك . مثلاً لو تقاول البايع والمشتري وتراضيا على ان الكرم المبيع بيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البايع والمشتري صح ولزم الوفاء بذلك على الوجه المشروح ❊

ولو لم يشترط ذلك لكان للمشتري جميع منافع المبيع ، لأن بيع الوفاء له حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به كما صرحت به المادة (١١٨) ولما صرح به في البزازية وجامع الفصولين وذكره في البحر ورد المحتار من ان القول الجامع لبعض المحققين ان بيع الوفاء فاسدٌ في حق بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ ، صحيحٌ في حق بعض الاحكام كحل الانزال (١) ومنافع المبيع رهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه الخ وقد علمت ان المجلة اختارت هذا القول ، فاتضح بما ذكرنا ان منافع المبيع ثابتة للمشتري وفاء بدون اشتراط ، لكن بالنظر لكونه رهناً في حق بعض الاحكام صح اشتراط حصته من المنافع للمشتري وباقيها للبايع ، لأن منافع الرهن لا يملكها المرتهن بدون اذن الراهن .

ثم رأيت في جامع الفصولين ما نصه : واقعة : باعه كرمه وفاء حتى استحق المشتري كل غلته ، ثم بعد البيع شرط ان يكون للمشتري ربع الغلة او نحوه يأخذ كل الغلة او ما شرطاه بعد البيع ، ينبغي ان يكون له المشروط ، خصوصاً على قول ابي حنيفه رحمه الله ان الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد ، فكأنه شرط وقت العقد عنده اه وهو صريحٌ فيما قلناه والحمد لله .

واما ما ذكره في الهندية وغيرها من ان المشتري وفاء لا يملك الانتفاع بالمبيع الا باذن مالكه ، وهو ضامن لما اكل من ثمره الخ فهو مفرع على القول بأن بيع الوفاء في حكم الرهن لا يختلف عن الرهن بشيء من الاحكام وهو قول آخر غير ما مشت

(١) جمع نزل على وزن قفل معناه الريع (مختار الصحاح)

عليه الجملة من الاقوال التسعة المذكورة في البحر والبزازية ، فافهم . ومما يتفرع على كون بيع الوفاء له حكم الصحيح ،ما لو باع عقاره وفاء بمائة مثقال ذهب ، ثم باع هذا الذهب من مشتري العقار ، فإنه يرد الذهب الذي ذكر في العقد لا الفضة المقبوضة ، الحاقًا له بالبيع الصحيح ، لأن هذا العقد مركب من العقود الثلاثة جوز لحاجة الناس اليه بشرط سلامة البدلين لصاحبها . والبدل المذكور لما كان ذهبًا وجب رعاية سلامته . وانما لم يعط حكم البيع الفاسد او الرهن الصحيح في هذا الحكم حتى لا يجب عليه وقت الفكاك الا ما قبض ، لأن بيع الوفاء يشبه بيع التلجئة ، وانه صحيح عند الامام لا عندهما ، فاعطي له حكم الصحة عملاً بقوله ، وحكم الفاسد في بعض الأحكام عملاً بقولهما ، وحكم الرهن في بعض الاحكام عملا بقول الناس . فاذا وقع التردد بالحاقه بالفاسد والصحيح ، فالحاقه بالصحيح اولى تقليلاً للفساد وترجيحًا لقول الامام ، فيعتبر المسمى ثمنًا لا المأخوذ (كذا في البزازية ملخصًا)

باع ارضه وفاء فزرعه المشتري ثم ادّى البايع مال الوفاء الى المشتري حتى انفسخ البيع ، والزرع بقل ، هل يجبر المشتري على تفريغ الأرض او يترك في يده بأجر مثله ؟ — اجاب بعضهم بأنه لو ادى البايع ثمنه بطلب المشتري يجبر على تفريغه ، لو اداه بلا طلبه ، بل يترك في يده بأجر مثله . ولو قيل انه يترك في يده بأجر مثله في الوجهين ، فله وجه اه (فصولين ، وتمامه فيه)

وفيه ايضًا ، برمز « ختم »: لو فسخ البيع الجائز بعد مضي السنة ، قيل للمشتري ان يأخذ من الغلة بالحصة فيقسم الغلة على اثنى عشر جزءًا فيأخذ حصة ما مضى سواء ظهرت الغلة اولا . وقيل لو ظهرت الغلة عند الفسخ ، فالحكم كما قيل ، والا فلا تقسم الغلة لأنها اذا لم تظهر ففي اي شيء يبقى حقه ؟ قال والدي رحمه الله تعالى : يبقى العقد في قدره ، ظهرت الغلة او لا ، اذ التفصيل يضر بالمشتري لأنه لو شرى في الخريف وقضى الثمن في الربيع يفوت حقه اصلاً اه .

ثم ذكر بعد ورقتين برمز « فنفر »: ولو شرى كرمًا على ان يكون له من ثمره نصفه او ثلثه فنقض البيع قبل ادراك الثمر ، فلو خرج الثمر وصار له قيمة ، تقسم قيمة الثمر على المدة ، فللمشتري على البايع حصة ما مضى من المدة . فلو لم يخرج

الثمر اصلاً ليس له ان يأخذ من البايع شيئاً ولو مضى بعض السنة . كذا فيه ، وقد مر ان فيه خلافاً .

وفيه : لو ادركت الغلة وأخذها المشتري ليس له نقض البيع وطلب الثمن حتى تتم السنة من وقت البيع ، الا اذا اراد ان يأخذ منه نصيب ما مضى ويترك عليه نصيب ما بقي من المدة ، فله ذلك . ولو ترك الغلة على البايع فله اخذ حقه . ولو بيع كرم بجنب هذا الكرم ، فالشفعة للبايع لا للمشتري اه .

وفيه ، رامزاً لشيخ الاسلام برهان الدين: باع كرماً بيعاً جائزاً اي بيع وفاء ومضى بعض المدة وخرج الثمر ثم باعه من المشتري وفاء بيعاً باتاً ولم يذكر الثمر ، فالثمر للبايع لا للمشتري . ولو شراه وفاء فآجره من غير البائع ثم البايع باعه من غيره في اول الشهر مثلاً ، والمشتري جائزاً اي وفاء ، اجازه في نصف الشهر ، فاجرة نصف الشهر للمشتري وفاء . واصله ان الفسخ اذا كان من المشتري في شراء الوفاء ، لم يكن عذراً ولا يظهر في حق المستأجر ، لانه ليس بمضطر فيه لانه كالبيع ، والبيع ليس بعذر اذا لم يكن على البايع دين ، وهنا المشتري وفاء ليس بمضطر في اجازة هذا البيع ، فبقيت الاجارة ، واذا بقيت والعاقد هو المشتري كانت الاجرة لحين الاجازة له . وعلى هذا اجرة ما بقي من المدة بعد الاجازة تكون للمشتري وفاء لو فسخه البايع بأن دفع للمشتري مال الوفاء ، فان كانت الاجارة مدة متعارفة ، لم يظهر في حق المستأجر ، اي فلا تنفسخ الاجارة . ولو كانت مدة غير متعارفة بأن اجر المشتري عشر سنين ، لا تبقى الاجارة ، لانا لو قلنا بأنها لا تنفسخ ، يتفاحش الضرر على البايع — بخلاف تعارف المدة ، لقلة الضرر . ولو طالب المشتري البايع بثمنه فدفع ، يجب ان لا ينفسخ البيع في حق المستأجر ، اذ للبايع ان يمتنع عن اداء الثمن الى ان تنفسخ الاجارة ، لانه ليس بعذر . ولو باعه وفاء ثم باعه منه باتاً ثم تفاسخا البات ، لم يعد الجائز لان تفاسخهما كبيع جديد اه .

وفي البزازية : باع كرماً وفاء وشرط المشتري ان يطالبه بالثمن بعد قبض غلة الكرم وقبله البايع ورفع المشتري الغلة ، له طلب الثمن قبل تمام السنة . وان لم يشترط الفسخ بعد رفع الغلة ، لا يملك الفسخ قبل تمام السنة .

باع ارضاً مزروعة وفاء وشرط الزرع للمشتري فأخذها المشتري مزروعة ثم

فسخا البيع ، للبائع ان يطالب المشتري بقيمة الزرع ، فإن كانت القيمة من جنس الثمن ، فالمقاصة بقدره من الثمن الذي على البائع ، والا فيرجع على المشتري بقيمة الزرع لان البيع في الزرع فاسد ، لانه صفقة في صفقة ، فدل هذا ان البيع في الزرع والثمر بعد الاتلاف يكون جائزاً باتاً ، فيأخذ البائع من المشتري حصة الزرع والثمرة اه .

وفيها : وقوائم الخلاف التي تقطع في كل سنة ، وكذا كل ما يحصد في كل سنة ، لا يدخل في بيع الوفاء بلا ذكران كان موجوداً وقت البيع . اما الحادث بعد الشراء فللمشتري . لكنه اذا اشترى كرماً وفاء وحدث فيها قوائم الخلاف ، يجبر المشتري على ان يصرف منه الى دعائم الكرم قدر المتعارف . اما القوائم الموجودة وقت البيع ودخلت في البيع بالذكر لا يجبر على الصرف منه ، لانه ملكه بحكم ان له قسطاً من الثمن . فلو صرف ، له الرفع حين الفسخ اه .

وفي جامع الفصولين ، بزمز شيخ الاسلام برهان الدين : وسئل عمن باع داره وفاء فاستأجره من مشتريه قبل قبضه وسكنه ، هل يجب اجر المثل ؟ اجاب لا ، لانه لو شرى قنّاً فأجره من بايعه قبل قبضه ، لم يجب الاجر . واذا كان في البيع البات كذلك ، فماظنك في بيع الوفاء . ولو اختلفا في كون الاجارة قبل القبض او بعده ، قيل ينبغي ان يكون القول للمشتري ، لانه يدعي صحة العقد والآخر يدعي الفساد ، والقول لمن يدعي صحته . هكذا قيل . غير ان القن منقول وبيعه قبل قبضه لم يجز ، فكذا اجارته . وبيع العقار جائز قبل قبضه ، فكذا اجارته . ثم قال رامزاً الى محيط الديناري : لم تجز اجارته قبل قبضه في الاصح ، وبه يفتى ، اذ المبيع في الاجارة هي المنفعة وهي في حكم المنقول .

وفي الانقروية عن الكافي النسفي : واجارة العقار قبل القبض ، على الخلاف ، والاصح ان الاجارة لا تصح اتفاقاً ، وعليه الفتوى اه .

ثم رمز وقال : شرى داراً وفاء وقبضه فأجره من بايعه مدة معلومة وسلمه الى بايعه فدفع البائع مال الوفاء الى المشتري قبل مضي مدة الاجارة ، تنفسخ الاجارة ، اي ويجبر المشتري على القبول لعدم لزوم العقد ، وله الاجر بحساب الماضي (بزازية) اه قلت : وبيع الوفاء اذا آجر فيه المشتري المبيع وفاء من البائع هو

المسمى ببيع الاستغلال الذي تقدم ذكره في المادة (١١٩) فارجع اليها والى ما كتبناه في شرحها ، فإن فيه فوائد ٠

المادة ٣٩٩ — ﴿ اذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته ﴾

هذه المادة وما بعدها الى آخر الفصل مفرّعةٌ على كون المبيع وفاء له حكم الرهن ٠ ومما يتفرع عليه ايضاً ان المشتري لا يملك قطع شجره ولا هدم بنائه ، وينقسم الثمن اذا دخله نقصان كما سيأتي توضيحه قريباً ٠ لكنه يخالف حكم الرهن من حيث اشتراط قبضه ، فإن القبض شرط جواز الرهن في الاصح ، حتى لا يصح الارتهان ولا يترتب عليه حكم بمجرد الايجاب والقبول ، كما في الانقروية وغيرها ٠ بخلاف بيع الوفاء فإنه لا يشترط لجوازه قبض المبيع ، حتى صحت اجازته قبل قبضه عند البعض كما سمعت . ومن حيث كونه مشاعاً فإن رهن المشاع غير صحيح ولو من الشريك سواء احتمل القسمة او لا ٠ بخلاف المبيع وفاء فإن بيعه يصح اذا كان مشاعاً مطلقاً ، كما صرحوا به ٠ ومن حيث قبوله التأجيل فإن الأجل في الرهن مفسدٌ له لأن حكمه حبس مستدام ، بخلاف الاجل في بيع الوفاء ، فإنه صحيح كما تقدم التصريح به ، فهو ، اي بيع الوفاء ، بالنسبة لهذه الاحكام ملحقٌ بالبيع الصحيح كما تقدم متفرقاً ، فلا تغفل ٠

المادة ٤٠٠ — ﴿ اذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي وأخذه من البايع ﴾

المادة ٤٠١ = ﴿اذا كانت قيمة المال المبيع وفاء زايدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة ان كان هلاكه بالتعدي . واما ان كان بلا تعدٍ فلا يلزم المشتري اداء تلك الزيادة﴾

توضيح ما ذكر في هذه المواد الثلاثة انه اذا باع وفاء ما قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المشتري ، سقط الدين . ولو قيمته خمسة رجع على البايع بخمسة اخرى . ولو خمسة عشر ، فالفضل امانة لا يضمن الا بالتعدي .

ثم ان قيمته تعتبر يوم القبض لا يوم الهلاك ، كما في التنوير من الرهن . لكن اذا كان هلاكه بالتعدي من المشتري تعتبر قيمته يوم الهلاك ، لا يوم القبض ، لوروده على العين المودعة (رد المحتار)

اما لو اتلفه اجنبي فإن المشتري يضمنه قيمته يوم هلك باستهلاكه ، وتكون القيمة في يده ، اي المشتري ، الى ان يأخذ دينه (افاده في المنح)

ولو اختلف البايع والمشتري في القيمة بعد الهلاك فالقول للمشتري لأنه ينكر الزيادة ، والبينة على البايع لأنه يدعيها ، كما في شرح الملتقى .

ثم ان ما ذكره في هذه المواد ، حكم المبيع وفاء اذا هلك . اما اذا انتقص ، فقد نقل في رد المحتار من كتاب الرهن عن الفصل الثلاثين من العمادية : لو رهن عبدين بألف وهلك احدهما وقيمة الهالك اكثر من الدين ، لا يسقط كل الدين بهلاكه ، بل يقسم الدين على قيمة الحي وقيمة الهالك . فما اصاب الهالك يسقط ، وما اصاب الباقي يبقى . وكذا اذا رهن داراً بألف وخربت ، يقسم الدين على قيمة البناء وقيمة العرصة يوم القبض . فما اصاب البناء يسقط ، وما اصاب العرصة يبقى (كذا في المبسوط)

وبيانه ما في التتارخانية : رهن فرواً قيمته اربعون درهماً بعشرة دراهم فأكله

السوس فصار قيمته عشرة ، فإنه يفتكه بدرهمين ونصف اه اي لأن المالك ثلاثة ارباع الرهن فيسقط من الدين بقدره ، كما في البزازية ، فليحفظ ذلك ، فإنه يخفى على كثير اه ما في رد المحتار .

والظاهر ان المبيع وفاء اذا انتقص حكمه كذلك ثم رأيت في البزازية ، بعد ان ذكر خلافاً فيما اذا هلك اشجار الحديقة المشتراة وفاء او بناء المنزل المشتري وفاء بآفة سماوية ، قال : والذي استقر عليه فتوى الائمة والاساتذة في مسئلة نقصان المبيع وفاء سقوط حصة النقصان من مال الوفاء ، وهو الثمن ، ويقسم مال الوفاء على قيمة الباقي والهالك ، فيسقط قسط الهالك ويبقى حصة الباقي . بيانه : اشتري داراً بالوفاء قيمتها يساوي الفاً بمائة فخربت الدار حتى صارت القيمة خمسمائة ، سقط من الثمن خمسون . وكذا اذا استهلك المشتري البناء والاشجار ، يضمن القيمة كالمرتهن . واجاب صاحب الهداية في المرتهن اذا فتح كوة في جدار الرهن للاضاءة فوهن الجدار وسقط منه ، ضمن النقصان ، اعني سقط من الدين قدر النقصان . ولو كان مكان الرهن بيع الوفاء لا يضمن اه اقول : ولعل الفرق ان المرتهن لا يملك الانتفاع بالرهن ، فيكون متعدياً بفتح الكوة ، فصار مستهلكاً للرهن واما المشتري وفاء فيملك الانتفاع ، فلا يكون متعدياً ، فلم يكن مستهلكاً . تأمل .

وفي البزازية : وان استهلك اجنبي البناء والاشجار ضمنه المشتري قيمة التالف وصارت رهناً في يده . وان لم يضمنه فبقدر قيمة النقصان لا يملك المطالبة من الثمن ، لما تقرر ان الرهن اذا غصبه غاصب من المرتهن لا يملك المرتهن مطالبة الدين ما لم يسترده من الغاصب اه .

المادة ٤٠٢ = ❋ اذا مات احد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث ❋

قال في الدر : وافاد في الشرنبلالية ان ورثة كل من البايع والمشتري تقوم

مقام مورثها نظراً لجانب الرهن اه . وهذا لا ينافي ما قدمناه اول هـذا الفصل عن رد المحتار من ان شرط الفسخ لا يلزم ورثة المشتري بعد موته ، كما افتى به ابن الشلبي معللاً بانقطاع حكم الشرط بموته الخ . لأن ذاك مبنيٌ على ان بيع الوفاء صحيح وما هنا مبنيٌ على ان له حكم الرهن ، والى هذا يشير قول الدر «نظراً لجانب الرهن»

وفي الفتاوى الهندية عن جواهر الاخلاطي : باع كرمه من آخر بيع الوفاء وتقابضا ثم باعه المشتري من آخر بيعاً باتاً وسلم وغاب ، فللبايع ان يخاصم المشتري ويسترد منه الكرم . وكذا اذا مات البايع والمشتريان ولكل ورثة ، فلورثة المالك ان يستخلصوه من ايدي ورثة المشتري الثاني ، ولورثة المشتري الثاني ان يرجعوا بما ادى من الثمن الى بايعه في تركته التي في ايدي ورثته ، ولورثة المشتري الأول ان يستردوه ويحبسوه بدين مورثهم الى ان يقضوا الدين اه .

المادة ٤٠٣ — ﴿ ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء ما لم يستوف المشتري دينه ﴾

هذه المادة والتي قبلها مفرعتان على كون بيع الوفاء له حكم الرهن او عليه وعلى كونه له حكم البيع الفاسد لأن المبيع فاسداً ينتقل حق الفسخ فيه بل وجوبه للوارث ايضاً وللمشتري حبسه حتى يرجع اليه الثمن كما تقدم .

﴿ فروع ﴾

لو باعه جائزاً واحال بثمنه لغيره على المشتري فاستحق المبيع ، فللمحتال ان يطالبه بالباقي لو كانت الحوالة مطلقة ، لا لو مقيدة . وله ان يرجع على بايعه لادائه بامره . وهل له ان يرجع على المحتال بما ادى . في الجامع اشارةٌ الى ان له ذلك (فصولين)

وفيه : كفل بمال فباع الغريم من المكفول له بيعاً جائزاً اي وفاء بذلك المال ، برأ الكفيل ، ولو تفاسخا لا تعود الكفالة . وهذا يدل على ان مال الوفاء ليس بثابت في ذمة البايع ما دام بيع الوفاء باقياً . ولو باعه وفاء ثم باعه من غيره وفاء باجازة المشتري الأول ، ثم المشتري الثاني قال اخاف ان يتوى حقي على البايع فضمن المشتري

الأول، لا يصح ، إلا اذا كان الضمان مضافاً الى ما بعد الفسخ كما في الأجنبي اه .

الكفالة بمال الوفاء تصح مضافاً لا في الحال، اذ المال يجب على البايع بعد الفسخ لا في الحال اه .

باعه وفاء فاحتاج للعمارة ففعل المشتري بأمر القاضي على ان يرجع ، فله الرجوع (انقروية) .

باع داره وفاء ولم يقبض الثمن . ليس للبايع فسخ البيع ولا بيعه من غيره بلا حضور المشتري (بزازية) .

بيع الوفاء في عقار الصغير باطل لأنه اتلاف اعيان غلاته من غير عوض مال فيجب ان بأمرها القاضي بنقض مافعلا ، كذا في هامش الانقروية ، وذكر في الفصولين فيه خلافاً .

وفي البزازية : باع وفاء وعقد المشتري بعد قبضه الاجارة مع البايع وكفل بالثمن لا بالاجرة رجل ثم سلم البايع شيئاً الى المشتري فزعم الكفيل انه من الثمن والمشتري انه من الاجرة يرجع فيه الى البايع فإن غاب او مات يكون القول قول الطالب .

دار في يد رجل زعم آخر انه ملك فلان باعها منه وفاء قبل بيعها باتاً من ذي اليد هذا فصالح مع ذي اليد على مال عن دعواه الوفاء ، ان كان الصلح عن انكار ، جاز ويحمل على انه اعطاه فداء اليمين وأخذه هو لقضاء اجنبي دينه ، وان عن اقرار ، لا يجوز ، لأنه ان كان على مال نفسه فهو رشوة لاجازة البيع ، وان على الثمن الذي عليه فهو وعد ولا لزوم فيه - بخلاف ما اذا اشترى رجل داراً فقال الآخر صكه باسمي فادفع لي مالاً اعطيك قبالته ، ففعل ، يلزم المال لأنه اما شراء الكاغد او شراء حق له في الدار اه

وفيها : اشترى داراً وفاء وقبض ثم آجرها من البايع مدة وقد كان البايع باع هذه الدار من آخر قبله ، لا يجب الأجر لأن الرد على البايع مستحق عليه فبأي وجه وجد وقع عن تلك الجهة ، كما لو كان البيع فاسداً وآجره من البايع لا يجب الأجر اه

وفيها : ادعى انه اشترى منه هذا الشيء باتاً ثم ادعى انه اشتراه وفاء ، لا يسمع

لعدم امكان التوفيق .

كرب المشتري وفاء ارض الوفاء للزراعة ثم ادى البايع مال الوفاء وفسخ البيع ، للمشتري ان يطلب من البايع اجرة الكرب اذا كان النقد بلا طلب المشتري ، فلو كانت الارض معدة للحصة بالاستغلال وكرب المشتري فعلى القياس ما لو آجره المشتري من غيره ثم نقد البايع الثمن وفسخ البيع ، ينبغي ان لا يتمكن البايع من منع المشتري عن الزراعة ، كما لا يظهر الفسخ في حق المستأجر . لكن للفرق بين المسئلتين قلنا بأن البايع هنا يتمكن من منع المشتري ، والفرق ان المستأجر غير البايع والمشتري ، فلا يظهر فسخهما في حقه . اما فيما نحن فيه ، ففسخ المشتري يظهر في حقه وتوكيله بالفسخ فسخ منه اه .

﴿ تتمة ﴾

يشبه بيع الوفاء بيع التلجئة بجامع ان كلا منهما عقد لا يراد امضاء احكامه . وهو ، اي بيع التلجئة ، ان يظهر عقد البيع وهما لا يريدانه ، يلجأ اليه لخوف عدو ، وذلك ان يخاف الرجل من ظالم ونحوه فيقول لآخر اني اظهر اني بعت داري منك وليس ببيع في الحقيقة ، وانما هو تلجئة ، ويشهد على ذلك .

والاظهر ان جميع التلجئة والهزل سواء في الاصطلاح . وهو ثلاثة اقسام ، لأنه اما ان يكون الهزل في اصل العقد او في قدر الثمن او جنسه ، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع واتفقا على بناء العقد على المواضعة ، يفسد البيع لعدم الرضى بالحكم ، فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد ، اي فلا يملك بالقبض . وان اتفقا على الاعراض ، اي بأن قالا بعد البيع قد اعرضنا وقت البيع عن الهزل الى الجد ، فالبيع صحيح والهزل باطل . وان اتفقا على انه لم يحضرهما شيء عند البيع من البناء والاعراض ، او اختلفا في البناء على المواضعة والاعراض عنها ، فالعقد صحيح عنده في الحالين خلافاً لهما ، فجعل صحة الايجاب اولى لأنها الأصل ، وهما اعتبرا المواضعة الا ان يوجد ما يناقضها ، اي كما اذا اتفقا على البناء .

وظاهر الجواب قولهما كما في المؤيدية عن القنية ، ورجحه ايضاً المحقق ابن الهمام في التحرير ، واقره تلميذه ابن امير حاج في شرحه .

ولو قال احدهما اعرضت والآخر لم يحضرني شيء ، او بنى احدهما وقال الآخر لم يحضرني شيء ، فعلى اصله عدم الحضور كالاعراض ، اي فيصح . وعلى اصلها كالبناء ، اي فلا يصح . وان كان ذلك اي المواضعة في القدر اي بأن اتفقا على الجد في العقد بألف لكن تواضعا على البيع بألفين على ان احدهما هزل ، فإن اتفقا على الاعراض عن المواضعة كان الثمن الفين لبطلان الهزل باعراضهما . وان اتفقا انه لم يحضرهما شيء من البناء والمواضعة او اختلفا ، فالهزل باطل والتسمية للألفين صحيحة عنده . وعندهما العمل بالمواضعة واجب والالف الذي هزلا به باطل لما مر ان الأصل عنده الجد ، وعندهما المواضعة وان اتفقا على البناء على المواضعة فالثمن الفان عنده .

وان كان ذلك الهزل في الجنس اي جنس الثمن بان تواضعا على مائة دينار ، ولكن الثمن مائة درهم ، او بالعكس ، فالبيع جائز بالمسمى في العقد على كل حال ، بالاتفاق ، اي سواء اتفقا على البناء او على الاعراض او على عدم حضور شيء منهما ، او اختلفا فيهما . ولو ادعى احدهما بيع التلجئة . وانكر الآخر ، فالقول لمدعي الجد لأنه الاصل ، والبينة على مدعي التلجئة لأنها خلاف الظاهر . والبرهان يثبت خلاف الظاهر

ولو تصادقا ان البيع كان تلجئة ثم اجازاه ، صحت الاجازة ، كالو جابيا هزلاً ثم جعلاه جداً يصير جداً . وان اجاز احدهما لا يصح .

وفي بيع التلجئة اذا قبض المشتري العبد المشترى واعتقه لا يجوز اعتاقه . وليس هذا كبيع المكره لأن بيع التلجئة هزل والقبض فيه لا يفيد الملك وان كان فاسداً الا باطلاً ، اذ ليس كل مبيع فاسداً يملك بالقبض اه ملخصاً من الدر وحواشيه .

وقوله في تصوير التلجئة « ان يخاف الرجل من ظالم ونحوه » ليس قيداً بل مثله ما اذا تواضعا على تكثير الثمن لأجل تفكيك رغبة الشفيع ونحو ذلك . وعبارة الهندية وهي العقد الذي ينشئه لضرورة امر فيصير كالمدفوع اليه اه . وفيها : ولو اتفقا ان يقرا ببيع لم يكن فاقرا بذلك ، فهو باطل ولا يجوز باجازتهما اه

﴿ تذنيب ﴾

قد ذكر فقهاؤنا رحمهم الله تعالى احكام الصرف والربا والقرض والاستحقاق في كتاب البيوع ، ولم تتعرض المجلة لذكر شيء من احكام تلك الفصول الاربعة . ولعل ذلك لكون احكام الفصول الثلاثة . الاول مرجعها الى الحل والحرمة وهما من الامور الدينية . والمقصد من تأليف المجلة ، تسهيل بيان الاحكام الشرعية في معاملات العباد الدنيوية ، لتفصل على مقتضاها خصوماتهم في المحاكم الشرعيه والنظامية . واما احكام الاستحقاق فلأن كثيراً من مسايله تؤخذ من كتابي الدعوى والقضاء ، فحصل بها الاستغناء . لكن لما كان كثير من احكام الصرف والربا والقرض عائداً الى ما يتعلق بالصحة والفساد والبطلان والفسخ والامضاء والضمان وعدمه وما اشبه ذلك ، وكذا كثير من احكام الاستحقاق لا يذكر في كتابي الدعوى والقضاء ، فتحتاج المحاكم الى بيان احكامها الشرعية لفصل الخصومات والمنازعات المتعلقة فيها من تلك الحيثية ، رأينا من اللازم ان نذكر نبذاً من احكام كل باب من الابواب الاربعة المذكورة ، تتميما للفائدة ، وتعميما للعائدة . فنذكر اولاً احكام الصرف ، لأنه رابع اقسام البيع الاربعة ، كما في الفتح . لان البيع بيع مطلق ، ومقايضة ، وصرف ، وسلم . لانه اما بيع عين بثمن ، وهو المطلق ، او قلبه ، وهو السلم ، او عين بعين ، فالمقايضة ، او ثمن بثمن ، وثانيها على ما تقدم في المادة (١٢٠) فالصرف (افاده في الفتح) ومعنى الصرف في الشرع ، بيع الثمن بالثمن ، اي ما خلق للثمنية ، ومنه المصوغ جنساً بجنس او بغير جنس ، كذهب بفضة (در المختار) .

وشروطه اربعة : قبض البدلين قبل الافتراق بالابدان . الثاني ان يكون باتا ليس فيه خيار الشرط . فإن شرط فيه خيار وابطله صاحبه قبل التفرق صح . وبعده لا ، واما خيار العيب ، فثابت فيه . واما خيار الرؤيه فثابت في العين اي المصوغ دون الدين ، اي الدراهم والدنانير المضروبة . واذا رده بعيب انفسخ العقد ، سواء رده في المجلس ، او بعده . وان كان ديناً فردها في المجلس لم ينفسخ . فاذا رد بدله ، بقي الصرف . وان رده بعد الافتراق ، بطل . الثالث : ان لا يكون بدل الصرف مؤجلاً ، لإخلاله بالقبض . فإن ابطل صاحب الاجل

وبعد التفرق، لا. الرابع: التساوي في الوزن ان كان المعقود عليه، من جنس واحد. فان تبايعا ذهباً بذهب او فضة بفضة مجازفة، لم يجز. فان علم التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض، صح. وكذا لو اقتسما مجازفة، لم يجز الا اذا علم التساوي في المجلس لان القسمة كالبيع.

في البحر عن السراج: لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه لوجوبه حقا لله تعالى. فلو باع ديناراً بدراهم واشترى بها قبل قبضها ثوباً مثلاً فسد بيع الثوب والصرف بحاله. باع امة تعدل الف درهم مع طوق فضة في عنقها قيمته الف ونقد من الثمن الفاً او باعها بالفين الف نقد والف نسيئة او باع سيفاً حليته خمسون بمائة ونقد خمسين، فما نقد فهو ثمن الفضة سواء سكت او قال خذ هذا من ثمنهما. فإن افترقا من غير قبض بطل في الحلية فقط، وصح في السيف ان يخلص بلا ضرر كطوق الجارية، وان لم يخلص الا بضرر بطل اصلاً (تنوير الابصار).

وفي الدر المختار: والاصل انه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه، شرط زيادة الثمن. فلو مثله او اقل او جهل، بطل. ولو بغير جنسه شرط التقابض فقط اه.

والمفضض ما رصع بفضة او البس فضة، كسرج من خشب البس فضة. والمزركش في العرف هو المطرز بخيوط فضة او ذهب (رد المحتار)

وفيه عن كافي الحاكم: واذا اشترى لجاماً مموهاً بفضة بدراهم اقل مما فيه او اكثر، فهو جائز لأن التمويه لا يخلص — الا ترى انه اذا اشترى الدار المموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك، وان كان ما في سقوفها من التمويه بالذهب اكثر من الذهب في الثمن اه.

وتفرع على اشتراط القبض انه لا يجوز الابراء عن بدل الصرف ولا هبته والتصدق به، فإن فعل لم يصح بدون قبول الآخر، فإن قبل، انتقض الصرف، والا لم يصح ولم ينتقض، لأنه في معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما. فلو ابى الواهب ان يأخذ ما وهب اجبر على القبض.

وتفرع ايضاً انه لا يجوز الاستبدال ببدل الصرف قبل قبضه. وعلى هذا

تتخرج المقاصة في ثمن الصرف اذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف ، انه لا يصير قصاصاً ببدل الصرف وان تراضيا بذلك . ثم ان استحق احد بدلي الصرف بعد الافتراق ، فإن اجاز المستحق والبدل قائم او ضمن الناقد وهو هالك ، جاز الصرف . وان استرده وهو قائم او ضمن القابض قيمته وهو هالك ، بطل الصرف (بحر عن البدايع ملخصاً)

وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين بصرف الجنس بخلاف جنسه تصحيحاً للعقد . ومثله بيع كر بر و كر شعير بكري بر و كري شعير . و كذا بيع احد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار . وصح بيع درهم صحيح ودرهمين غلة (بفتح وتشديد) ما يرده بيت المال ويقبله التجار بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ، للمساواة وزناً وعدم اعتبار الجودة (كذا في التنوير وشرحه الدر)

وفي الظهيرية عن المبسوط : باع عشرة وثوباً بعشرة وثوب ، وافترقا قبل القبض ، بطل العقد في الدراهم . ولو صرف الجنس الى خلاف جنسه لم يبطل . ولكن قيل في العقود للتصحيح في الابتداء ، ولا يحتال للبقاء على الصحة اه (بحر) اي لأن الفساد هنا عرض بالافتراق قبل القبض اه (رد المحتار)

وما غلب فضته وذهبه ، فضة وذهب حكماً فلا يصح بيع الخالص به ، ولا بيع بعضه ببعض ، الا متساوياً وزناً . ولا يصح الاستقراض بها الا وزناً . والغالب عليه الغش منها في حكم عروض اعتباراً للغالب . فصح بيعه بالخالص ان كان الخالص اكثر مما في المغشوش ، ليكون قدره بمثله والزايد بالغش وبجنسه متفاضلا وزناً وعدداً بصرف الجنس لخلافه ، بشرط التقابض قبل الافتراق في المجلس في الصورتين ، اي بصورة بيعه بالخالص وصورة بيعه بجنسه ، لأنه صرف في البعض لوجود الفضة او الذهب من الجانبين . ويشترط التقابض في الغش ايضاً لانه لا يتميز الا بضرر . وان كان الخالص مثله ، اي مثل المغشوش . او اقل منه او لايدري ، فلا يصح البيع للربا في الاولين ، ولاحتماله في الثالث (كذا في الدر وحاشيته رد المحتار)

باعه الف درهم بألف درهم وتقابضا بغير وزن وصدق كل واحد منهما الآخر ان هذا المقبوض الف درهم ، ثم وزن كل واحد منهما قبل التفرق او بعده فوجداهما

سواء بسواء ، فهذا جائز . ولو لم يصدق كل واحد منهما الآخر وتفرقا ثم وزنافكانا سواء ، لم يجز من قبل انهما تفرقا على غير علم بانهما قد استوفياه (هندية)

وفيها : اشترى ثوبًا ودينارًا بثوب ودرهم ثم افترقا قبل التقابض ، بطل في الصرف وجاز فيما بقي ، لانها اشياء مختلفة فلم يجب اعتبار المماثلة ، فانقسم الدينار والثوب على الدرهم والثوب باعتبار القيمة فما اصاب الدينار من الدرهم يكون صرفًا ، وبطل لعدم القبض . والباقي يكون بيعًا فلم يفسد بترك القبض اه .

رجل له على رجل دراهم فظفر بدراهم مديونه ، كان له ان يأخذ دراهم المديون اذا لم يكن دراهم المديون اجود او لم يكن . وجلا . وان ظفر بدنانير مديونه ، في ظاهر الرواية ليس له ان يأخذ الدنانير .

والمديون اذا قضى الدين اجود مما عليه لا يجبر رب الدين على القبول ، كما لو دفع اليه انقص مما عليه . وان قبل ، جاز ، كما لو اعطاه خلاف الجنس .

ولو كان الدين مؤجلا فقضاه قبل حلول الأجل يجبر على القبول (خانية مختصرًا)

اشترى سيفًا محلى فيه خمسون درهمًا بمائة درهم او بعشرة دنانير ونقد الثمن ولم يقبض السيف حتى افسد انسان شيئًا من حمائله او جفنه فاختار المشتري اخذ السيف وتضمين المفسد قيمة ما افسد ، فله ذلك . فإن قبض السيف ثم فارق البايع قبل ان يقبض من المفسد ضمان ما افسده ، لا يضره ذلك . وإن لم يقبض السيف وفارق البايع ، فالعقد يفسد في الكل عندهم جميعًا . هذا اذا افسد شيئًا منه ، واما اذا افسد الكل بأن احرقه بالنار فاختار المشتري اتباع المحرق ، ان اخذ منه قيمة الكل او قيمة حصة الحلية قبل ان يفارق البايع ، فالعقد جائز في الكل . وان لم يقبض قيمة الحلية حتى فارق البايع ، فالمسئلة على الخلاف في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى آخرًا ، وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لا يبطل العقد اصلاً . وعلى قول ابي يوسف اولا ، وهو قول محمد ، يبطل (كذا في الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني من كتاب الصرف ، وتمام المسايل فيها)

وفي الفصل الأول من الباب الثالث منها : اشتري ببدل الصرف شيئًا منه او من غيره او استبدل به قبل قبضه ، لا يجوز وبقي الصرف على حاله ، يقبضه ويتم

العقد . واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا الا درهماً واحداً بقي من العشرة وليس عند بايعها الدرهم العاشر فأراد الذي اشترى الدراهم ان يأخذ عشر الدينار ، فله ذلك . وهذا الجواب على هذا الاطلاق الذي قاله محمد رحمه الله تعالى، يستقيم بعد ما تفرق عن مجلس العقد قبل نقد الدرهم العاشر . فأما قبل التفرق اذا اراد ان يأخذ عشر ديناره من مشتريه ، فليس له ذلك الا ان يرضى به مشتري الدينار . فأما اذا قال له بعني بعشر الدينار فلوساً مسماة او عرضاً مسمى فباعه به ، كان جائزاً ، سواء باعه قبل التفرق ام بعد التفرق . وهذا بخلاف ما لو قال بايع الدينار بعني بالدرهم شيئاً فباعه ، فإنه لا يجوز سواء باعه قبل التفرق ام بعده (كذا في المحيط اه) وفيها : لو ابرأ احد المتصارفين صاحبه او وهبه منه فقبل ، انتقض الصرف ، وان لم يقبل ، لم ينفسخ . ولو وهب فلم يقبل وابى الواهب ان يأخذ الموهوب ، اجبر على القبض اه .

وفيها : اشترى ديناراً وله على بايع الدينار عشرة دراهم فجعلاه قصاصاً ، جاز استحساناً . ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة . وان حدث الدين بعد الصرف، فإن لم يتقاصا لم تقع المقاصة . وان تقاصا : لا تصح في رواية . وفي رواية تصح ، وهو الأصح .

رجل له على آخر الف درهم فاشترى منه مائة دينار بألف درهم ثم تقاصا بما عليه ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : ان تقاصا قبل ان يفترقا ، جاز . وان تفرقا قبل ان يتقاصا ، بطل ، وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير : اذا استقرض بايع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه ، فقد صار قصاصاً ، ولا يحتاج الى التراضي لأنه قد وجد منه القبض (كذا في البحر الرائق) اه .

يجب ان يعلم ان الرهن والحوالة والكفالة ببدل الصرف جائز عند علمائنا الثلاثة، واذا جازت هذه التصرفات فنقول، بعد هذا ان قبض من المحتال عليه او الكفيل قبل الافتراق او هلك الرهن في يد المرتهن قبل الافتراق، تم الصرف بينهما . ويعتبر افتراق مجلس المتعاقدين ، ولا يعتبر افتراق الكفيل والمحال عليه . وان افترق المتعاقدان والرهن قائم ، بطل الصرف (الفروية) ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة

دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهماً ، فقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من مقام البيع او قبل ان يفترقا ، فسد البيع كله في قول ابي حنيفة · وفي قول ابي يوسف الحط باطل ، ويرد الدرهم عليه ، والعقد الأول صحيح · وفي قول محمد العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة ، فله ان يمتنع منه ما لم يسلم · ولو زاده في الثمن درهماً وسلمه اليه ، فسد العقد في قول ابي حنيفة ، وعندهما الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح (عندية عن المبسوط)

ومن اراد الاحاطة بمسائل الصرف واحكامه فعليه بالهندية ·

❊ احكام القرض ❊

قال في مجمع الانهر ، شرح ملتقى الابحر : عقد صاحب التنوير لمسائل القرض فصلاً مستقلاً لكثرة الاحتياج اليها في المعاملات ، فقال القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لرد مثله · وصح في مثلي لا في غيره ، فصح استقراض الدراهم والدنانير ، وكذا ما يكال او يوزن او يعد متقارباً ، فصح استقراض جوز وبيض ولحم ·

استقرض طعاماً بالعراق فأخذه صاحب القرض بمكة ، فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند ابي يوسف ، وعند محمد يوم اختصما ، وليس عليه ان يرجع الى العراق فيأخذ طعامه ، ولو استقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض في بلد فيه الطعام غال فأخذه الطالب بحقه ، ليس له ان يحبس المطلوب ، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له بكفيل حتى يعطيه طعامه في البلد الذي استقرض فيه ·

استقرض شيئاً من الفواكه كيلاً ووزناً فلم يقبضه حتى انقطع ، فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره الى مجيء الحديث ، الا ان يتراضيا على القيمة · ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافاً لأبي يوسف ·

اقرض صبياً فاستهلكه الصبي ، لا يضمنه · وكذا المعتوه · ولو عبداً محجوراً لا يؤاخذ به قبل العتق ، وهو كالوديعة ·

استقرض من آخر دراهم فاتاه المقرض بها فقال المستقرض القها في الماء فألقاها ، لا شيء على المستقرض ·

والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط ، والفاسد فيها لا يبطله ، ولكنه يلغو شرطه رد شيء آخر . فلو استقرض الدراهم المكسورة على ان يؤدي صحيحاً، كان باطلاً وعليه مثل ما قبض اه .

استقرض من الفلوس الرائجة والعدالي اي الدراهم الغالب غشها فكسدت، فعليه مثلها كاسدة ولا يغرم قيمتها . وكذا كل ما يكال ويوزن ، لما مر انه مضمون بمثله ، فلا عبرة بكساده وغلائه ورخصه . وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما يجب رد القيمة دون المثل ، لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد تعذر رد عينها كما قبضها ، فيجب رد قيمتها وظاهر الهداية اختيار قولهما .

ثم انهما اختلفا في وقت الضمان . قال في صرف الفتح : وأصله اختلافهما فيمن غصب مثلياً فانقطع ، فعند ابي يوسف تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد يوم القضاء . وقولهما انظر للمقرض من قول الامام ، لأن في رد المثل اضراراً به . ثم قول ابي يوسف انظرُ له ايضاً، لأن قيمته يوم القرض اكثر من يوم الانقطاع، وهو ايسر ايضاً فإن ضبط وقت الانقطاع عسر ولم يذكر حكم الغلاء والرخص . وقدمنا اول البيوع انه عند ابي يوسف تجب قيمتها يوم القبض ايضاً ، وعليه الفتوى كما في البزازية والذخيرة والخلاصة . وهذا يؤيد ترجيح قوله في الكساد ايضاً . وحكم البيع كالقرض ، الا انه عند الامام يبطل البيع ، وعند ابي يوسف لا يبطل وعليه قيمتها يوم البيع في الكساد والرخص والغلاء اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار .

لكن نقل في الهندية عن فتاوى قاضيخان ان الفتوى على قول محمد فيما اذا استقرض الفلوس والعدالي فكسدت . ثم نقل عن المحيط ان بعض مشايخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف رحمه الله تعالى وان قوله اقرب الى الصواب في زماننا اه فليتأمل عند الفتوى .

وفي الملتقى : وكل دين اجل بأجل معلوم صح تأجيله ، الا القرض . قال شارحه الداماد : اي فلا يصح تأجيل القرض لكونه اعارة وصلةً في الابتداء ، ومعاوضةً في الانتهاء . فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة ، اذ لا جبر في التبرع . وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم

نسيئة ، وهو ربا .

وفي الظهيرية : القرض المجحود يجوز تأجيله اه .

وفي الخانية : رجل له على رجل الف درهم قرض فصالحه على مائة الى اجل ، صح الحط والمائة حالة . وان كان المستقرض جاحداً للقرض ، فالمائة الى الاجل اه قال في رد المحتار : ومثله ما لو قال المستقرض سراً لا اقر لك حتى تؤجله عني ، فأقر له عند الشهود بالألف مؤجلة اه .

وفي الدر : ويجوز تأجيل القرض ايضاً اذا احال المستقرض للمقرض على آخر فأجله المقرض . وكذا اذا احاله على مديون له مؤجل دينه ، لأن الحوالة مبرئة اه ولذا قال في الفتح : والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم اه واذا لزم فان كان للمحيل على المحال عليه دين ، فلا اشكال ، والا اقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلاً . اشار اليه في المحيط (بحر) وفائدة الاقرار تمكن المحال عليه من الرجوع على المحيل بما يدفعه للمقرض (رد المحتار) .

رجل اقرض رجلاً الف درهم وقبضها المستقرض ثم ان المقرض قال للمستقرض اصرف الدراهم التي عليك بالدنانير ، فإن عين له شخصاً بأن قال له مع فلان ففعل ، جاز بالاجماع ، وان لم يعين شخصاً ففعل ، قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز على المقرض ، وقالا يجوز ، فإن اراد الطالب ان يأخذ الدنانير من المستقرض ودفع اليه المستقرض باختياره ، جاز ذلك . وهذا عندهم جميعاً (هندية عن المحيط) .

رجل اقرض رجلا كراً من الحنطة ، ثم ان المستقرض اشترى القرض من المقرض بدراهم ، جاز ، سواء كان القرض قائما في يد المستقرض ام لم يكن (خانية) واذا جاز الشراء ، ان نقد الدراهم في المجلس فالشراء ماض على صحته ، وان لم ينقدها في المجلس ، بطل . وهذا بخلاف ما اذا وجب للمستقرض على المقرض كر حنطة ثم ان كل واحد منهما باع ماله على صاحبه بما لصاحبه عليه ، حيث يجوز وان افترقا . ثم اذا نقد المشتري الدراهم في المجلس ثم وجد بالكر عيباً لم يرده بالعيب ، ولكن يلزم مثل المقبوض ويرجع بنقصان العيب من الثمن . ولو كان القرض

المقبوض مستهلكا كان الجواب كما قلنا عند الكل ، كذا الجواب في كل مكيل وموزون غير الدراهم والفلوس اذا كان قرضاً .

ولو اشترى ما عليه بكر مثله جاز ان كان عيناً ، ولا يجوز ان كان ديناً، الا اذا قبضه في المجلس كأن وجد بالقرض عيباً ، لا يرجع بنقصان العيب.

ولو اقرض كراً من طعام فقبضه المستقرض ثم اشتري هذا الكر بعينه من المقرض،فالبيع باطل ولا يتضمن نقض الاقراض . اما لو باع المستقرض من المقرض كرالقرض بعينه ، صح (هندية) .

وانما كان بيع المقرض من المستقرض باطلاً لان كر القرض بعينه ملكه المستقرض بالقبض عند ابي حنيفه ومحمد رحمها الله تعالى ، فيكون مشتريا ملك نفسه فيبطل ، اما على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى فلا يملكه حتى يتصرف فيه ، فيكون باقياً على ملك المقرض . فيكون المستقرض شاوياً ملك غيره ،فيصح .

اما لو كان المستقرض هو الذي باع الكرمن المقرض فجوازه على قولهما ظاهر، لأن المستقرض ملكه بالقبض عندهما ، فانما باع ملك نفسه .

واختلف المشايخ على قول ابي يوسف بعضهم قالوا يجوز ، لأنه على قوله وان كان المستقرض لا يملكه بالقبض ، الا انه يملك التصرف فيه بيعاً وهبةً واستهلاكاً . وبالبيع من المقرض صار متصرفاً فزال عن ملك المقرض ، فصح البيع منه. وهذا كله اذا كان المبيع هو الكر الذي استقرضه بعينه كما هو موضوع مثال الهندية . اما اذا كان المبيع هو الكر الدين الثابت في ذمة المستقرض،فشراء المستقرض له جايز اتفاقاً اذا كان كر القرض مستهلكاً ، لأن الكر المبيع دين وجب على المستقرض لا بعقد الصرف ولا بعقد السلم ، وبيعه جايز. اما اذا كان كر القرض قايماً في يد المستقرض ،فعلى قولهما الحكم كذلك ، لما تقدم ان المستقرض ملكه بمجرد القبض ، فوجب مثله ديناً في الذمة . اما على قول ابي يوسف ينبغي ان لا يجوز لأنه ما دام قايماً يبقى على ملك المقرض فلا يجب مثله ديناً في ذمة المستقرض وقد اشترى الكر الذي في ذمته ولا كر في ذمته ، فلا يجوز، لأنه بيع المعدوم اه ملخصاً من حاشية بن عابدين على البحر .

رجل قال لغيره : استقرض لي من فلان عشرة دراهم، فاستقرض المأمور وقبض وقال دفعتها الى الآمر وجحد الآمر ذلك، فان المال يكون على المأمور، ولا يصدق المأمور على الآمر . ولو بعث رجل بكتاب مع رسول الى رجل ان ابعث الي كذا درهماً قرضاً لك علي فبعث مع الذي اوصل الكتاب ، روى ابو سليمان عن ابي يوسف انه لم يكن ذلك من مال الآمر حتى يصل اليه . ولو ارسل رجل رسولاً الى رجل و قال ابعث الي بعشرة دراهم قرضاً ، قال نعم وبعث بها مع رسوله . كان الآمر ضامناً لها اذا اقر ان رسوله قبضها (خانية)

ولو بعث رجلاً ليستقرض له الف درهم من آخر فأقرضه فضاع في يده ، ان قال الرسول اقرض فلاناً المرسل ، فهي للمرسل وعليه الضمان . ولو قال الرسول اقرضني لفلان المرسل فاقرضه وضاع في يده ، فعلى الرسول . فالحاصل ان التوكيل بالاقراض يجوز، وبالاستقراض لايجوز . والرسالة بالاستقراض للآمر جائزة . وان اخرج الوكيل بالاستقراض الكلام مخرج الرسالة ، يقع القرض للآمر . وان اخرجه مخرج الوكالة بأن اضاف الى نفسه ، يصير مستقرضاً لنفسه ويكون ما استقرض من الدراهم له ، وله ان يمنعها من الموكل . ولو دفع الموكل اليه شيئاً ليرهن يصير الوكيل راهناً بدينه ولا يصير ضامناً للرهن كذا في الفصول العمادية .

استقرض رجل من رجل كر حنطة وامره ان يزرعها في ارض المستقرض فقد صح القرض وصار المستقرض قابضاً بايصاله الى ملكه (كذا في التتارخانية) وهذا بخلاف ما لو قال المستقرض للمقرض القها في الماء فإنه لا شيء على المستقرض كما قدمناه عن التنوير ، لأن القرض لم يصل الى ملكه كما لا يخفى .

وفي الفصول العمادية : رجل اشترى كر حنطة بعينه ثم قال للبايع اقرضني قفيز حنطة او قال اقرضني هذا القفيز او اخلط الكر الذي اشتريته منك ففعل وصب الشراء على القرض او القرض على الشراء ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى يصير قابضاً لها جميعاً . وهكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى اه ولو اراد المقرض ان يأخذ كره بعينه من المستقرض ، ليس له ذلك ، وللمستقرض ان يعطيه غيره .

عشرون رجلاً جاءوا واستقرضوا من رجل وامروه ان يدفع الدراهم الى واحد منهم ودفع ، ليس له ان يطلب منه الا حصته . وحصل بهذا رواية مسئلة اخرى ان التوكيل بقبض القرض يصح وان لم يصح التوكيل بالاستقراض (هندية)

﴿ احكام الربا ﴾

هو ، اي الربا ، فضلٌ خال عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة (تنوير)

والمراد بالفضل ما يعم الحكمي وهو ربا النسأ ، كما يأتي . والمراد بالمعيار الشرعي الكيل والوزن فليس في المزروعات والمعدودات ربا . وخرج بالمتعاقدين مالو شرط الفضل لغيرهما ، فإنه لا يكون ربا . نعم يكون البيع فاسداً اذا كان الغير من اهل الاستحقاق كما تقدم .

والمراد بأحد المتعاقدين البايع والمشتري ، ومثلهما المقرض والمرتهن فالفضل المشروط لواحد منهما ربا . ويدخل فيه ما اذا شرط للمرتهن الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن وأكل الثمر ، فإن الكل حرام لكونه ربا :— اقول : وهذا بخلاف بيع الوفاء فإن اشتراط ذلك للمشتري ليس بربا كما تقدم ، لأنه انما ينتفع في ملكه لأنه ملحق بالشراء الصحيح من حيث حل الانتفاع على ما اختارته المجلة ، فتنبه .

وقوله « في المعاوضة » اي في عقد يفيد معاوضة مال بمال ، كالبيع والصرف والقرض . فلو قال وهبتك كذا بشرط ان تخدمني شهراً ، فانه هذا شرطٌ فاسد لا تبطل به الهبة .

ثم انه يتفرع على كون الفضل مشروطاً انه لو لم يكن مشروطاً بأن شرى عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم وزادت الدراهم دانقاً بلا قصد ، او قصد ذلك احدهما حين الدفع ، فإن وهبه الدائن انعدم الربا لعدم كونه مشروطاً ، ولم يفسد الشراء . وهذا ان ضرها ، اي الدراهم ، الكسر ، لأنها هبة مشاع لا يقسم . فلو لم يضرها الكسر لم تصح الهبة الا بقسمة الدانق وتسليمه ، لإمكان القسمة .

ومثل الزيادة الحط . فلو وهب احدهما من الآخر بعض البدل صح الحط والهبة ، ولا يفسد البيع لعدم الربا . والحاصل ان الزيادة في احد البدلين او الحط منه ان كانت مشروطة في العقد ، فالعقد فاسد للربا ووجب نقضه لحق الشرع ، ولا تؤثر الهبة والابراء الا بعد الاستهلاك . وان لم تكن مشروطة وقد وهب الزائد الزيادة والحاط الحط من الآخر وقبل الموهوب له ، صحت الهبة . ويراعى لها شروطها من الافراز والتسليم سواء كان المبيع قائماً او لا . وان لم توجد هبة اصلاً بأن باع كر حنطة بكر حنطة ثم زاد احدهما الآخر نصف كر او حط عنه ذلك ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يلتحق كل من الزيادة والحط بأصل العقد ، فتصح الزيادة والحط عنده ، ويبطل العقد اعداماً للربا لحق الشرع . وعندهما الزيادة والحط لا يلتحقان بأصل العقد .

ثم اختلفا فقال ابو يوسف يبطل كل من الحط والزيادة ويبقى العقد صحيحاً . وفرّق محمدٌ بين الزيادة والحط فقال : اما الزياده فتبطل لأنها لو صحت لكانت مع باقي الثمن عوضاً عن المبيع فلا يمكن جعلها هبة مبتدأة ، لأن الهبة تمليكٌ بلا عوض . واما الحط فيصح لا على انه يلتحق بأصل العقد ، بل على انه هبة مبتدأة ، لأن في الحط معنى الهبة ، لأن المحطوط يصير ملكاً للمحطوط عنه بلا عوض ، فيجعل كناية عن الهبة ولأن من الحط ما يمكن ان لا يلحق بأصل العقد ويجعل هبته مبتدأة بالاتفاق ، وهو حط جميع الثمن ، فكان البعض كالكل بخلاف الزيادة فإنها لا تكون ملحقة بالعقد ، وبذلك يفوت التساوي ويتحقق الربا فيفسد العقد (اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار)

ثم ان الفضل في احد البدلين المشروط لأحد المتعاقدين اما ان يكون حقيقياً كبيع قفيز بر بقفيزين منه او رطل سمن برطلين منه ، واما ان يكون حكمياً بأن يكون احد البدلين حالاً والآخر نسيئة ، كبيع قفيز بر حالٍ بقفيزي شعير الى اجل في صورة تأجيل الثمن ، وكإسلام قفيز بر بقفيزي شعير الى شهر في صورة تأجيل المبيع . وانما كان النسأ فضلا حكمياً اي زيادة حكمية لأن من تتميم التماثل بين البدلين المساواة في التقابض ، ولا شك ان للبدل الحال مزية على المؤخر حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل . فأما الفضل الحقيقي وهو الزيادة في

احد البدلين انما يحرم اذا اجتمع في البدلين القدر المتفق ، وهو الوزن او الكيل بأن يكون كل منهما موزوناً او مكيلاً ، او الجنس . واما الفضل الحكمي وهو النسأ فيكفي في تحريمه وجود احدهما فقط ، وتوجيه ذلك في الفتح والزيلعي فإن وجدا حرم الفضل والنسأ ، فلم يجز بيع قفيز بر بقفيزين منه ، ولا متساوياً ، واحدهما نسأ . وان عدما حلا كبيع ثوب هروي بثوبين مرويين الى اجل . وان وجد احدهما فقط اي القدر وحده كالحنطة بالشعير او الجنس وحده كالهروي بهروي مثله ، حل الفضل ، فيجوز بيع كر بر بكري شعير حالاً وهروي بهرويين حالاً ، وحرم النسأ ، فلا يجوز بيع ما ذكر مؤجلاً ولو مع التساوي حتى لو باع هروياً بمثله الى اجل لم يجز لوجود الجنسية . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه وغيرها .

وكل شيء نص الشارع صلى عليه الله وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل ابداً وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح ، وكل ما نص على تحريم الفضل فيه وزناً فهو موزون ابداً وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة ، لأن النص اقوى من العرف ، والاقوى لا يترك بالادنى . وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دالة .

وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها ، وقد تبدلت . فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً او الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً ، لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك ، لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه ، كما اذا باع مجازفة . الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الاسلام في معلوم (كذا في الهداية)

وافاد في فتح القدير ان ما كان مستخرجاً من اصل هذه الستة المنصوص عليها لا يلتحق بأصله فليس الدقيق المستخرج من الحنطة والشعير من المنصوص على كونه كيلياً . فلو تعورف بيعه وزناً كما في زماننا يصير وزنياً خلافاً للامام الشافعي رحمه الله تعالى . وعليه فما تعورف بيعه وزناً في بلدة وقد تعورف بيعه عدداً او مجازفة في بلدة اخرى كالبطيخ مثلاً يجوز بيع بطيخة ببطيختين او حملاً بحملين في البلدة التي تعورف فيها بيع البطيخ عدداً او مجازفة بداً بيد حيث كان الجنس

واحداً . وان لم يجز بيع رطل منه برطلين في البلدة الأخرى كما يجوز صابة من الديما بصابتين منها او صابة من الالاجة بصابتين حيث تعورف بيع ذلك عدداً في زماننا ، لكن يداً بيد حيث اتحد الجنس .

وذكر في الدر وحاشيته ان اختلاف الجنس يكون باختلاف الاصل كخل الدقل وهو رديء التمر مع خل العنب، ولحم البقر مع لحم الضأن ، او اختلاف المقصود كشعر المعز وصوف الغنم ، فإنما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف . بخلاف لحمها ولبنهما فإنه جعل جنساً واحداً لعدم الاختلاف ، او بتبدل الصنعة كالخبز مع الحنطة والزيت المطيب بغير المطيب اه .

وفي الفتح . ثم اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود . فالحنطة والشعير جنسان ، خلافاً لمالك ، لانهما مختلفان اسماً ومعنى . والثوب الهروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة ، وقوام الثوب بها . وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان . والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه (١) اجناس . والادهان المختلفة اصولها اجناس اه ملخصاً مع اختصار .

والمعتبر تعيين الربوي في غير الصرف بلا شرط تقابض ، حتى لو باع براً ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز خلافاً للشافعي في بيع الطعام . ولو احدهما ديناً فإن هو الثمن وقبضه قبل التفرق جاز ، والا لا (تنوير وشرحه الدر) وقال في البحر : بيانه كما ذكره الاسبيجابي بقوله : واذا تبايعا كيلياً بكيلي او وزنياً بوزني كلاهما من جنس واحد او من جنسين مختلفين ، فإن البيع لا يجوز حتى يكون كلاهما عيناً اضيف اليه العقد ، وهو حاضر او غائب بعد ان يكون موجوداً في ملكه والتقابض قبل الافتراق بالابدان ليس بشرط لجوازه ، الا في الذهب والفضة . ولو كان احدهما عيناً اضيف اليه العقد والآخر ديناً موصوفاً في الذمة فإنه ينظر : ان جعل الدين منهما ثمناً والعين مبيعاً جاز البيع ، بشرط ان يتعين الدين منهما قبل التفرق بالابدان . وان جعل الدين منهما مبيعاً ، لا يجوز وان احضره في المجلس .

---

(١) الشبه ضرب من النحاس (مختار الصحاح)

والذي ذكر فيه الباء ثمن، وما لم يذكر فيه الباء مبيع ٠ وبيانه : اذا قال بعت هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة جيدة ، او قال بعت منك هـذه الحنطة على انها قفيز بقفيز من شعير جيد ، فالبيع جائز ، لأنه جعل العين منها مبيعاً والدين الموصوف ثمناً ٠ ولكن قبض الدين منها قبل التفرق بالابدان شرط لأن من شروط جواز هذا البيع ان يحصل الافتراق عن عين بعين ، وما كان ديناً لا يتعين الا بالقبض ٠ ولو قبض الدين منها ثم تفرقا ، جاز البيع ، قبض العين منها او لم يقبض ولو قال : اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة ، او قال اشتريت منك قفيزي شعير جيد بهـذا القفيز من الحنطة فإنه لا يجوز وان احضر الدين في المجلس ، لأنه جعل الدين مبيعاً فصار بايعاً ما ليس عنده ، وهو لا يجوز اه قلت : فقد علم من هذا ومما تقدم ان بيع مثل النيل والسكر والارز والحرير والقطن والصوف والحديد والنحاس من كل ما تعورف بيعه وزناً بالنقدين ، الفضة والذهب ، الى اجل ، بيعٌ فاسدٌ حرام ، لأن فيه ربا النسأ ، وهو مجمعٌ على حرمته ٠ وكذلك اذا لم يشترط فيه الأجل لكن افترق العاقدان قبل نقد الثمن ، لما عرفت من انه لا بد لصحة هذا البيع من تعيين البدلين ، وان النقدين لا يتعينان الا بالقبض وكذا كل موزون كاللبن والعسل والدبس والسمن والتنباك اذا افترق المتبايعان قبل دفع ثمنه النقد ، يكون فيه ربا النسأ المجمع على حظره ٠ وهـذا مما عمت به البلوى ، فلا يكاد يسلم من هذا الربا احد٠٠ واما جواز اسلام النقـدين في موزون غيرهما كالسمن والصوف واشباههما مع وجود احد علتي الربا وهو النسأ ، اي تأخير المسلم فيه ، فقد قدمنا في شرح المادة ٣٨٢ عن الفتح ان تلك المسئلة مستثناة من قولهم لا يجوز اسلام موزون في موزون ولا مكيل في مكيل ، لانعقاد الاجماع على صحته ، كيلا ينسد اكثر ابواب السلم وهذا ظاهرٌ في ان ما لم يكن من باب السلم كما هو الواقع في زماننا يكون باقياً على الحظر والتحريم ويملك كل واحد من العاقدين فسخه لفساده ٠ نعم ذكر الزيلعي في شرحه على الكنز المسمى بالتبيين انه يشترط لتحريم النسأ اذا كان البدلان وزنيين ان يجمعهما الوزن من كل وجه ، والا جاز النسأ ايضاً كالنقدين مع القطن ونحـوه ٠ قال : لأن صفة وزنهما مختلف اذ النقدان يوزنان بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ، ويجوز التصرف فيهما

قبل القبض وبعده قبل الوزن ، بخلاف غيرها من الموزونات ، فكانا مختلفين صورةً ومعنى وحكماً ، فيجوز النسأ . والذي يدلك عليه انه عليه السلام قال « من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم (الحديث) اجاز السلم بالوزن مطلقاً ، مع ان الدراهم هو الغالب في رأس مال السلم . ولو لم يجز لكان رداً له بالرأي ، وهو لا يجوزاه ونحوه في الدرر والغرر . وفي الشرنبلالية عن البدايع قال : ونحوه في شرح المجمع الملكي ان كان راس مال السلم مما لا يتعين ، كما اذا اسلم الدراهم او الدنانير في الزعفران او في القطن او في الحديد وغيرها من سائر الموزونات ، فإنه يجوز لانعدام العلة وهي القدر المتفق والجنس . اما المجانسة فظاهر الانتفاء ، واما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن ، الا ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان ، فلم يتفق القدر ، فلم توجد العلة ، فلا يتحقق الربا اه

فأنت تعلم ان هذا التعليل وهذه الفروق وان اوردوها في مسئلة جواز اسلام النقدين في موزون غيرهما الذي انعقد الاجماع على صحته ، لكنه يظهر ايضاً في شراء الموزونات بأحد النقدين اذا كانت توزن بالقبان او الامنان ، كما هو الواقع في زماننا . وعليه فلا يبقى تحت الحظر والمنع الا ما كان يوزن بالدراهم والمثاقيل ، كالمسك والزباد والحرير المسمى بالشمط ونحو ذلك . فهذه لا شبهة في حرمة بيعها وفساده ، ما لم يقبض ثمنها قبل افتراق العاقدين ، لعدم مخالفة وزن الثمن لوزن المثمن ، واتحادهما من كل وجه . لكن ضعف صاحب فتح القدير هذا التعليل غاية التضعيف ، وكر على تلك الفروق الثلاثة بالنقض والتزييف ، ثم قال ان الوجه ان يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع ، كي لا ينسد اكثر ابواب السلم . وسائر الموزونات غير النقدين لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها اه قلت : ويؤيد ما قاله المحقق ابن الهمام انه يلزم على هذا التعليل ان المسلم فيه اذا كان يوزن بالدراهم والمثاقيل كالمسك والزباد والعنبر والحرير المسمى بالشمط في زماننا ، ان لا يصح اسلام النقود فيه ، لاتحاد الوزن فيها ، وان تصح اسلامها في مثل القطن والحديد لاختلاف الوزن فيها ، مع ان اطلاق الاجماع يقتضي الصحة في الأول ، وعدمها في الثاني ، وكذا اطلاق عباراتهم يقتضي ذلك ، فليتدبر .

والاحتياط لأجل التخلص من هذا الامر العظيم ان يبيع التاجر النيل والحرير

مثلاً بساعة المشتري او ثوبه او شيء من القيميات على انه بالخيار ، ويقبض ذلك الشيء ثم يبيعه من مشترى النيل والحرير الى الاجل الذي اتفقا عليه ، فيكون المؤجل ثمن الساعة مثلا ، وهي ليست من الموزونات . وكذا مشتري اللبن مثلاً من عند البقال اذا كان البقال يكتب عليه قيمته في دفتره . يستقرض منه مقدار ثمن اللبن ويدفعه عن ثمن اللبن ، فيكون الباقي في ذمته قرضاً ، فلا يلزم منه ربا النسأ . وهذه المسئلة الناس عنها غافلون .

ثم ان جيد مال الربا ورديئه سواء فلا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا من مكيل او موزون ، الا مثلاً بمثل ، لإهدار التفاوت في الوصف (هداية) وهذا في حق الله تعالى ، اي بالنسبة الى الربا المحرّم المفسد للبيع . واما في حقوق العباد فالجودة والرداءة تعتبران . حتى لو اتلف من مال الغير جيداً لزمه مثله قدراً وجودة ان كان مثلياً ، وقيمته ان كان قيمياً . ولكن لا تستحق الجودة باطلاق عقد البيع ، حتى لو اشترى حنطة او شيئاً فوجده رديئاً بلا عيب لا يرده (افاده في البحر معزياً الى صرف المحيط) اي لان العيب هو العارض على اصل الخلقة ، والجودة والرداءة في الشيء اصلٌ في خلقته ، بخلاف العيب العارض كالسوس في الحنطة او عفنها ، فله الرد به لا بالرداءة ، الا باشتراط الجودة كما قدمنا بيانه في خيار العيب (كذا في رد المحتار)

ويجوز بيع الكرباس ، وهو الثوب من القطن الابيض ، بقطن اتفاقاً كيفما كان ، اي متساوياً او متفاضلاً ، لاختلافهما جنساً ، لأنهما وان اتحد الاصل فقد اختلفت الصفة والمقصود والمعيار . وهل يجوز البيع اذا كان الثمن منهما مؤجلا ؟ ان كان احدهما يباع وزناً والاخر ذرعا او عدداً ، يجوز لاختلافهما جنساً وقدراً . وان كان يباع كل منهما وزناً ، فلا يجوز لاتحادهما قدراً ، فيحرم فيه ربا النسأ . وكذا يجوز بيع الكرباس بالغزل والغزل بالقطن متفاضلاً في قول محمد رحمه الله ، وعند ابي يوسف لا يجوز الا متساوياً مدعياً المجانسة بينهما ، لأن القطن يصير غزلاً والغزل كرباساً ، بخلاف بيع الكرباس بالقطن فإن القطن يصير غزلاً ثم يصير كرباساً ، فالغزل اقرب للقطن وكذا للكرباس

وقول محمد هو الاصح لما ذكرنا من اختلاف الجنس بالصنعة والمقصود والمعيار ، واما البيع الى اجل ، فان جمعها الوزن فلا يجوز ، والا جاز كما تقدم اه ملخصا من البحر والدر وحواشيه ٠

وفي البحر : لو باع القطن المحلوج بغير المحلوج ، جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الآخر ، وان كان لا يدري ، لا يجوز ٠ وكذا لو باع غير المحلوج بحب القطن فلا بد من ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلاً به ، والزايد بالقطن ٠ وكذا لو باع شاةً على ظهرها صوف او في ضرعها لبن ، بصوف او لبن ، يشترط ان يكون الصوف او اللبن اكثر مما على الشاة او في ضرعها ، لما ذكرنا من المعنى ، وهو نظير بيع الزيت بالزيتون اه — اي فإن بيع الزيت بالزيتون والسمسم بالخل وهو الشيرج ، لا يجوز حتى يكون الزيت والخل اكثر مما في الزيتون والسمسم ، ليكون قدره بمثله ، والزايد بالتفل ٠ وكذا كل ما لتفله قيمة كجوز بدهنه ولبن بسمنه وعنب بعصيره ٠ فإن لا قيمة له كبيع تراب ذهب بذهب ، فسد بالزيادة لربا الفضل (كذا في الدر)

وفي رد المحتار : قال في الفتح : واظن لا قيمة لتفل الجوز الا ان يكون يبع بقشره فيوقد ، وكذا العنب لا قيمة لتفله ، فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج اه — اي فيشترط لصحة بيعه ، العلم بالمساواة ٠

وفي التنوير وغيره : ولا ربا بين متفاوضين او شريكي عنان اذا تبايعا من مالها اي من مال الشركة ٠ قال في رد المحتار : الظاهر ان المراد اذا كان كل من البدلين من مال الشركة ٠ اما لو اشترى احدهما درهمين من مال الشركة بدرهم من ماله مثلاً ، فقد حصل للمشتري زيادة وهي حصة شريكه من الدرهم الزائد بلا عوض ٠ وهو عين الربا ٠ تأمل اه اقول : قول التنوير « اذا تبايعا من مالها » صريح فيما استظهره ، فلا وجه للتوقف فيه ، فتدبر

وفي الدر المختار وغيره : ولا ربا ، اي لا يحرم الربا ، بين مسلم وحربي في دار الحرب ولو كان بعقد فاسد او قمار ثمة لأن ماله ثمة مباح فيحل برضاه مطلقاً بلا غدر ، خلافاً لأبي يوسف والثلاثة ٠ وحكم من اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا كحربي ، فللمسلم الربا معه ، خلافاً للصاحبين ، لأن ماله غير معصوم فلو

هاجر الينا ثم عاد اليهم ، فلا يجوز ربا المسلم الأصلي معه اتفاقاً . قال : ومنه يعلم حكم حربيين اسلما ولم يهاجرا الينا، يعني انه لا يحرم الربا بينهما اه

وذكر في فتح القدير ان التعليل يقتضي حل مباشرة عقد الربا وحل القمار اذا كانت الزيادة ينالها المسلم من الحربي ، دون العكس . ثم استظهر ان مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظراً الى العلة ، وان كان اطلاق الجواب بخلافه . واستدل له ما في رد المحتار بما في السير الكبير وشرحه ، حيث قال : واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فلا بأس بأن يأخذ منهم اموالهم بطيب انفسهم بأي وجه كان ، لأنه انما أخذ المباح على وجه عرى عن الغدر ، فيكون ذلك طيباً له . والأسير والمستأمن سواء حتى لو باعهم درهماً بدرهمين او باعهم ميتة بدراهم او اخذ منهم مالاً بطريق القمار ، فذلك كله طيب له اه ملخصاً — فانظر كيف جعل موضوع المسألة الأخذ من اموالهم برضاهم ، فعلم ان المراد من الربا والقمار في كلامهم ما كان على هذا الوجه وان كان اللفظ عاماً ، لأن الحكم يدور مع علته غالباً اهما في رد المحتار . اقول : وفيه نظر، لأن اتفاقهم على حل اخذ المال منهم على قولهما بطريق المقامرة ، يدل على حل مباشرة عقدها ، ومن المعلوم ان المقامرة بمعنى المخاطرة ، فيجوز بمقتضى عقدها ان يكون المسلم هو الغالب فيأخذ مال الخطر ، ويجوز ان يكون هو المغلوب فيخسره فهل يمكن أن يقال لا يحل له دفع مال الخطر لهم مع ان عدم دفعه ليس في يده ، اللهم الا اذا كان متمكناً من عدم الدفع لهم فدفع باختياره كما بلغنا عن التجار في المدن الكبيرة الشهيرة بالتجارة من انهم يقامرون اهل دار الحرب بمباشرة وكلاء عنهم من اهلها في سوق مخصوص للمقامرة يسمونه البورس ، وذلك بشراء شيء لا وجود له في ملك بايعه وليس المقصود من شرائه استلامه من البائع ، ويؤجل المتعاقدان المبيع الى مدة معينة كشهر مثلاً ، كما ان الثمن لا يقبض منه شيء فإذا انقضت المدة ينظر المتعاقدان الى قيمة ذلك الشيء المبيع ماذا تساوي الآن ، فإن زادت القيمة عن الثمن يدفع البائع الربح المشتري ، وان نقصت عنه يطلب الخسارة من المشتري ، فإن دفعها ، والا فلا يجبره على الدفع ولكنه يخسر في زعمهم شرفه التجاري بحيث لو اراد شراء شيء مرة ثانية في ذلك البورس لا يعتبرونه ولا يبيعونه

ويضربونه ضرباً واحداً على احد خدبه لو فرض انه دخل ذلك السوق المسمى بالبورس فيمكن ان يقال ان المقامرة اذا كانت على هذا الوجه يكون آثماً ثم المرابي لو دفع مال الخطر لتمكنه من عدم الدفع ، والا فلا معنى لكونه آثماً مع انه معذور ، وقد علمت انه كان لم حل مباشرة العقد ، فليتأمل .

على ان اطلاق المتون قاطبة ان لا ربا بين المسلم والحربي في دارهم ، بمعنى انه يحل ذلك ، ظاهر في حل ذلك مطلقاً سواء كان المسلم آخذاً او دافعاً . واما التعليل المذكور فانما هو لكون ما يأخذه من الربح بالعقد الفاسد والمراباة في الدراهم والدنانير وغيرها من المثليات والمقامرة طيباً حلالاً لا خبيثاً حراماً وهذه العلة لا يحتاج اليها اذا كان هو الدافع ، ولا يقال انه مضيع لماله بدفع الفضل في عقد المراباة ودفع مال الخطر في المقامرة ، لانه لم يقصد بمباشرة تلك العقود الا الاسترباح فيأخذ منهم المال بفضل جزئي ليربح به فضلاً اكثر في تجارته ، ويقامرهم على مال بأمل ان يربح اكثر منه ، فليتدبر .

ثم بعد كتابتي لهذا المحل رأيت في الفصل السادس من الباب الخامس من كتاب الصرف من الهندية ما نصه « دخل مسلم او ذمي دار الحرب بأمان او بغيره وعقد مع الحربي عقد الربا بأن اشترى درهماً بدرهمين او درهماً بدينار الى اجل معلوم ، او باع منهم خمراً او خنزيراً او ميتة او دماً بمال ، فذلك كله جائز عند الطرفين . وقال القاضي لا يجوز بين المسلم والحربي ثمة الا ما يجوز بين المسلمين . كذا في جواهر الاخلاطي ، والصحيح قولهما » اه فقوله بأن اشترى درهماً بدرهمين ، صريح في انه يحل للمسلم دفع الفضل . ومثل ما في الهندية في التتارخانية ايضاً نعم ذكرا بعد هذا ما نصه : « ورأيت في بعض الكتب ان هذا الاختلاف فيما اذا اشترى منهم درهمين بدرهم . اما اذا اشترى منهم درهماً بدرهمين ، فلا يجوز بالاتفاق » فهذا وان كان يوافق ما بحثه في الفتح وايده في رد المحتار ، الا ان قائله مجهول فلا يعارض ما في جواهر الاخلاطي الموافق لاطلاق عامة المتون كما علمت ، فليتدبر .

تنبيهات

الاول : في اتخاذ الحيلة لاجل التخلص من الربا ، هل يجوز ام لا ؟ ذكر

في اول الفن الخامس وهو فن الحيل من الاشباه ما نصه : « واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى في التعبير عن ذلك ، فاختار كثير التعبير بكتاب المخارج ، واختاره في الملتقط . وقال ابو سليمان كذبوا على محمد رحمه الله تعالى ليس له كتاب الحيل ، وانما هو الهرب من الحرام ، والتخلص منه حسن . قال الله تعالى : ﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾ علم سبحانه المخلص لأيوب عليه السلام عن يمينه التي حلفها ليضربن امرأته مائة عود . وذكر في الخبر ان رجلاً اشترى صاعاً من تمر بصاعين فقال صلى الله عليه وسلم اربيت هلا بعت تمرك بالسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمراً . وهذا اذ لم يؤد الى الضرر باحد اه

وفي حاشيته للسيد الحموي عن التتارخانية : مذهب علمائنا ان كل حيلة يحتال بها الرجل لابطال حق الغير او لادخال شبهة فيه فهي مكروهة يعني تحريماً . وفي العيون وجامع الفتاوي « لا يسعه ذلك » وكل حيلة يحتال بها الرجل ليتخلص بها عن حرام او ليتوصل بها الى حلال فهي حسنة . وهو معنى ما نقل عن الشعبي لا بأس بالحيلة فيما يحل اه

وفي الخانية : رجل له على رجل عشرة دراهم فأراد ان يجعلها ثلاثة عشر الى اجل ، قالوا يشتري من المديون شيئاً بتلك العشرة ويقبض المبيع ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر الى سنة ، ليقع التحرز عن الحرام . ومثل هذا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه امر بذلك . رجل طلب من رجل دراهم ليقرضه بده وزده فوضع المستقرض متاعاً بين يدي المقرض فيقول للمقرض بعت منك هذا المتاع بمائة درهم فيشتري المقرض ويدفع اليه الدراهم ويأخذ المتاع ثم يقول المستقرض بعني هذا المتاع بمائة وعشرين الى سنة فيبيعه ليحصل للمستقرض مائة درهم ويعود اليه متاعه ويجب للمقرض عليه مائة وعشرون درهماً . والأوثق والأحوط ان يقول المستقرض للمقرض بعدما قرر المعاملة « كل مقالة وشرط كان بيننا فقد تركت » ثم يعقدان بيع المتاع هذا اذا كان المتاع للمستقرض ، فان كان المتاع للمقرض وليس للمستقرض شيء ويريد ان يقرضه عشرة بثلاثة عشر الى اجل ، فان المقرض يبيع من المستقرض سلعة بثلاثة عشر ويسلم السلعة الى المستقرض ، ثم ان المستقرض يبيع من اجنبي بعشرة ويدفع السلعة للاجنبي ، ثم الأجنبي يبيع

السلعة من المقرض بعشرة ويأخذ العشرة منه ويدفعها الى المستقرض فيبرأ الاجنبي من الثمن الذي كان عليه للمستقرض، فتصل السلعة الى المقرض بعشرة، وللمقرض على المستقرض ثلاثة عشر الى اجل . وحيلة اخرى ان يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثلاثة عشر الى اجل معلوم ويدفع السلعة الى المستقرض ثم يبيعها المستقرض من الاجنبي ثم ان المستقرض يقيل البيع مع الاجنبي قبل القبض او بعده ثم يبيعها المستقرض من المقرض بعشرة ويأخذ العشرة فيحصل للمستقرض عشرة وعليه للمقرض ثلاثة عشر وتصل السلعة الى المقرض . والمقرض وان صار مشتريا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن الا ان ذلك جائز لتخلل البيع الثاني ، وهو البيع الذي جرى بين المستقرض والاجنبي وهذه الحيلة هي العينة التي ذكرها محمد رحمه الله تعالى . وقال مشايخ بلخ بيع العينة في زماننا خير من البيع الذي يجري في اسواقنا . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه قال العينة جائزة مأجورة . وقال اجره لمكان القرار من الحرام اه ملخصا .

وقوله «وهذه الحيلة هي العينة» الاشارة الى الصورة التي عاد فيها المتاع الى المقرض وهو الموافق لما في الفتح في تفسير العينة فإنه قال : حاصله ان الذي يقع في قلبي انه ان فعلت صورة يعود فيها الى البايع ما اخرجه او بعضه كعود الثوب اليه فيما اذا باع الثوب من المستقرض بخمسة عشر ثم باعه المستقرض من اجنبي ثم باعه الاجنبي من المقرض ، يكره يعني تحريماً . فان لم يعد كما اذا باعه المديون في السوق ، فلا كراهة فيه بل خلاف الأولى . فان الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب . وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعه لا العين مطلقاً ، والا كان كل بيع بيع العينة اه واقره في البحر والنهر والشرنبلالية . قال في رد المحتار «وهو ظاهر» وجعله السيد ابو السعود محمل قول ابي يوسف . وحمل قول محمد والحديث الوارد في ذم العينة على صورة العود اه .

ومقابله ما قيل ان من جملة صور العينة ان يبيع المستقرض المتاع الذي اشتراه من المقرض بمائة في السوق ، بمائة وعشرين كما في رد المحتار . وفي الدر المختار : وشراء الشيء اليسير بثمن غال لحاجة القرض يجوز ، ويكره ، واقره المصنف اه

واما مايفعله كثير في زماننا من ان المقرض بدفع ماية القرض للمستقرض وبيعه متاعاً قيمته عشرة بثلاثين، فإن كان هذا البيع مشروطاً في القرض كما هو الظاهر، فهو حرام، والا فقيل انه مكروه . وقال شمس الأئمة الحلواني انه حرام لأنه قرض جر منفعة اذ لولا القرض ما اشترى من المقرض ما قيمته عشرة بثلاثين . وقيل ان حصل القرض والبيع في مجلس واحد فهو حرام، لأن المجلس يجمع الكلمات المتفرقة والا فلا بأس به . وقيل اذا تقدم الاقراض على البيع كان حراماً لأنه قرض جر منفعة . وان تقدم البيع على الاقراض فلا بأس به لأنه بيع جر منفعة وهو القرض (افاده في رد المحتار) والحاصل ان اسلم الحيل وابعدها عن الشبهة والخلاف الحيلة الاولى التي قدمنا نقلها عن الخانية، وكذا الثانية . فإنه لا قائل بأنها من بيع العينة المختلف في كراهتها بين ابي يوسف ومحمد .

بقي شيء، وهو انه قد ورد في زماننا امر سلطاني شريف بأن لا يؤخذ بالمرابحة الشرعية اكثر من تسعة في المائة، فلو ان احداً رابح على اكثر من ذلك بعد ان بلغه خبر الامر يعزر ويحبس الى ان تظهر توبته وصلاحه فيترك، كما في الدر عن معروضات المفتي ابي السعود . وحقق في حاشية رد المحتار وتنقيح الحامدية بأن الامر السلطاني المشار اليه لا يلزم منه استرداد مبلغ المرابحة الزايد على ما امر به بعد ان قبضه الدائن، لأن نهي السلطان لا يقتضي فساد البيع الذي بسببه حصلت المرابحة . الا ترى انه يصح العقد بعد النداء في يوم الجمعة مع ورود النهي الالهي وان أثم، وما ذاك الا لأن النهي لا يقتضي الفساد، كالصلاة في الارض المغصوبة تصح مع الاثم، كما تقرر في كتب الاصول . نعم اذا كانت بلا مرابحة شرعية بأحد الصور التي مر ذكرها فيجب استرداد جميعه لو قائماً، وقيمته لو هالكاً بعد ثبوته بالوجه الشرعي . حتى لو كان المديون ابرأه منه وكانت عين الربا قايمة لا يصح ابراؤه ويملك استرداده بعد الابراء، بخلاف ما اذا كانت عين الربا هالكة فإن ابراءه عنه صحيح في الدنيا لانه صار ديناً واجباً في الذمة، وهو يقبل الاسقاط بالابراء . هذا ما حققه في رد المحتار وتنقيح الحامديه، ومثله في كثير من المعتبرات :

ج — ٢

فروع

قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول او مات فأخذ من تركته، فجواب المتأخرين انه لا يأخذ من المرابحة التي جرت المبايعة عليها بينهما الابقدر مامضى من الايام . قيل له ، اي لنجم الدين ، انفتي به ايضاً ؟ قال نعم . وقال لو اخذ المقرض القرض والمرابحة قبل مضي الاجل فللمديون ان يرجع منها بحصة ما بقي من الايام .

رجلٌ اقرض عشرة دراهم: وطلب على ذلك ربحاً واخذ، فللمستقرض ان يحسب ذلك من الاصل، كأن يطالب الكفيل بالدين بعد اخذه من الاصيل ويبيعه بالمرابحة شيئاً حتى اجتمع عليه سبعون ديناراً ثم تبين انه قد اخذه ، فلا شيء له لان المبايعة بناء على قيام الدين ، ولم يكن . كذا في الانقروية ، ومثله في الحامدية : سئل في رجل مات عن ورثة وبذمته مال لجهة وقف معاملة بالربح لم يعامل فيه بحيلة ما تدفع الربا المحظور شرعاً ، والمتولي عليه يطالب الورثة به ، هل له ذلك ام لا ، وهل اذا كان لأحدهم معلوم وظيفة فيه يسوغ له ان يمنع صرفها له لذلك ام لا ؟ اجاب ليس لمتولي الوقف ذلك ، اذ هو رباً محض محرم بالكتاب والسنة واجماع الأمة سواء فيه الوقف واليتيم وغيرهما . والوارد فيه من عظيم الاثم وقبيح الجرم لا يكاد يضبط بعدّ ولا يحصر بحدّ اه مختصراً من الفتاوى الخيرية .

وفيها، في جواب سؤال : واما دفع مال ربحاً بغير معاملة ، فهو رباً محضٌ مطلقاً سواء كان في مال اليتيم او غيره ، لاطلاق النصوص الواردة في تحريمه والوعيد لفاعله ، ولا عبرة لمن شذ ، فما خالف النصوص مردود حتماً ، ولو تعلق قايله باكناف السماء .

احكام الاستحقاق

في المصباح استحق فلانٌ الامر ، استوجبه اه فالمراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير . وهو نوعان : مبطل للملك بالكلية ، اي بحيث لا يبقى لأحد عليه حق التملك، كالحرية الاصلية والعتق وتوابعه، وناقلٌ له من

شخص الى آخر ، كالاستحقاق بالملك بأن ادعى زيد على بكر ان ما في يده من العبد ملكٌ له وبرهن .

والاول وهو المبطل يوجب فسخ العقود الجارية بين الباعة اتفاقاً ، ولكل واحد منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه . ويرجع هو ايضاً على الكفيل بالدرك ولو قبل القضاء عليه ، اي على المكفول بالثمن ، لعدم اجتماع الثمنين ، اذ بدل الحر لا يملك .

والثاني ، وهو الناقل ، لا يوجب فسخ العقد على الظاهر لانه لا يوجب بطلان الملك ، بل يبقى العقد موقوفاً بعده على اجازة المستحق او فسخه على الصحيح . فاذا فسخه صريحاً فلا شك ينفسخ وكذا لو رجع المشتري على بائعه بالثمن وسلمه اليه ، لأنه رضي بالفسخ . وكذا لو طلب المشتري من القاضي ان يحكم على البائع بدفع الثمن فحكم له بذلك ، او تراضيا على الفسخ ، ففي ذلك كله ينفسخ العقد فلا يقبل الاجازة بعده من المستحق . ثم انه يثبت لآخر الباعة الرجوع على بائعه بالثمن ، وان كان قد دفع الثمن الى المشتري بلا الزام القاضي ، وكذا بائعه له الرجوع على بائعه ، هكذا .

والحكم بالملك للمستحق حكم على ذي اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه . ولو كان التلقي بطريق الارث فيتعدى الحكم الى جميع الباعة بلا واسطة ، او بوسائط ، والى جميع الورثة ، فلا تسمع دعوى الملك من احد من الباعة او الورثة للحكم عليهم ، ولا تعاد البينة للرجوع على بعضهم بالثمن . يعني حيث كان الحكم للمستحق حكماً على الباعة ، فإذا اراد واحدٌ من المشترين ان يرجع على بائعه بالثمن لا يحتاج الى اعادة البينة . وانما تسمع منهم دعوى النتاج او تلقي الملك من المستحق بأن يقول بائع من الباعة حين رجع عليه بالثمن « انا لا اعطي الثمن لان المستحق كاذب » لأن المبيع نتج في ملكي او ملك بائعي بلا واسطة او بها ، فتسمع دعواه ويبطل الحكم ان اثبت . او يقول « انا لا اعطي الثمن لأني اشتريته من المستحق » فتسمع ايضاً .

ولا يشترط لاثبات النتاج حضور المستحق على ما هو الاشبه والاظهر وما في البزازية من كون اشتراط حضوره هو الاشبه والاظهر ، سبق قلم .

واختلف في اشتراط حضرة المبيع ، وافتى ظهير الدين بعدمه . ولا يرجع احد من المشترين على بايعه ما لم يرجع عليه ، ولا على الكفيل بالدرك ما لم يقض على المكفول عنه ، لئلا يجتمع ثمنان في ملك واحد فإن عند كل واحد من الباعة المتوسطين غير الأخير منهم والاول ثمناً ، فلو رجع بالثمن قبل ان يرجع عليه ، اجتمع في ملكه ثمنان — ثم ان كون الحكم للمستحق على ذي اليد يتعدى الى من تلقى ذو اليد الملك منه ، مشروط بما اذا ادعى ذو اليد الشراء منه . فاذا قال المشتري في جواب دعوى الملك من المستحق « هذا ملكي لأني اشتريته من فلان » صار البايع مقضياً عليه . اما اذا قال في الجواب « ملكي » ولم يزد عليه ، لا يصير البايع مقضياً عليه .

والارث كالشراء . نص عليه في الجامع الكبير . وصورته : دارٌ بيد رجل يدعي انها له فجاء آخر وادعى انها له وقضى له بها فجاء اخو المقضي عليه وادعى انها كانت لأبيه تركها ميراثاً له ولأخيه المقضي عليه ، يقضى للاخ المدعي بنصفها ، لان ذاك لم يقل انها ملكي لأني ورثته من ابي ليصير الاخ مقضياً عليه . وكذا لو اقر الاخ المقضي عليه انه ورثها من ابيه بعد انكاره واقامته البينة . ولو اقر بالارث قبل اقامته البينة لا تسمع دعوى الاخ و كذلك اذا صار المورث مقضياً عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود ، ان ادعى الارث من هذا المورث ، لا تسمع وان ادعى مطلقاً ، تسمع . وان كان المورث مدعياً وقضى له ثم بعد موته ادعى المقضي عليه على وارث المقضى له هذا المحدود مطلقاً ، لا تسمع اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار .

وفي البزازية من الاستحقاق : ظهرت المشتراة حرة ومات البايع لا عن وارث وتركة وبائع البايع قائم نصب الحاكم عن البايع الثاني وصياً ، فيرجع المشتري عليه وهو يخاصم البايع الاول اه (بحر)

وفي جامع الفصولين : المشتري لو رجع على بايعه وصالح البائع على شيء قليل ، فلبايعه ان يرجع على بائعه بثمنه . وكذا لو ابرأه المشتري عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه ، فلبايعه ان يرجع على بايعه ايضاً ، اذ المانع اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ، ولم يوجد ، لزوال المبدل عن ملكه .

ولو حكم للمستحق وصالح المشتري ليأخذ المشتري بعض الثمن من المستحق و يدفع

المبيع الى المستحق ، ليس له ان يرجع على بايعه بثمنه ، لانـه بالصلح ابطل حق الرجوع اه .

ثم ذكر فيه انه لو اثبته، اي الاستحقاق، وحكم له فدفع اليه المشتري شيئاً وامسك المبيع ، يصير هـذا شراء المبيع من المستحق فينبغي ان يثبت له الرجوع على بائعه اه وفي المنظومة المحبية :

وان مبيع مستحقاً ظهرا	ثم قضى القاضي على من اشترى
به فصالح الذي ادعاه	صلحاً على شيء له اداه
يرجع في ذاك بكل الثمن	على الذي قد باعه فاستبن اه

ثم ان ما تقدم عن جامع الفصولين انما هو في ابراء المشتري البايع . واما لو لو ابرأ البايع المشتري عن الثمن ثم استحق المبيع من يده ، لا يرجع على بايعه بالثمن، لأنه لا ثمن له على بايعه . و كذلك بقية الباعـة لا يرجع بعضهم على بعض ، كما في رد المحتار عن الذخيرة .

ثم انما يرجع المشتري على بايعه بالثمن اذا كان الاستحقاق قد ورد على ملك البايع . قال في فتح القدير ، وذ كر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصـل في الاستحقاق ، وهي: رجل اشترى من اخر ثوباً فقطعه قميصاً وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي ، واثبته بالبينة ، فالمشتري لا يرجع بالثمن على البايع لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البايع ، لأنه ولو كان ملكه في الأصل فقد انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوباً فقطعه فخاطه ، ينتقل ملك المغصوب عنه من الثوب الى الضمان . فالأصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البايع الكائن من الأصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غاصباً ملكه به ، لا يرجع على البايع ، لانه متيقن الكذب . ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة انها له منذ شهر ، يقضي بها له ولا يرجع المشتري على بائعه ، وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القميص . ولو كان اقام البينة انه كان له قبل هـذه الصفة ، رجع المشتري بالثمن . وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي ، يرجع . و كذا اذا اشترى لحماً فشواه . ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة آخر ان الرأس والاطراف والجلد

واللحم له وقضى بها ، رجع المشتري على بايعه ، لان هذا استحقاق عين الشاة اه ولو برهن رجل ان الرأس له وآخر ان اللحم له ، فالمشتري لا يرجع على بايعه لانه لا يثبت لاحد حق في الجلد والاطراف واللحم الا بسبب حادث ، فيستحق الحادث. وفي الفصل الاول يستحق الاصل اه (فصولين)

وفيه : المستحق لو برهن على المشتري ان العين له ولم يؤقت ، رجع المشتري على بايعه بثمنه . ولو وقت بأقل من مدة الشراء يقضي به للمدعي ولا يرجع المشتري بثمنه اه .

ثم انما يثبت رجوع المشتري على بايعه بالثمن اذا كان الاستحقاق البينة ، لما سيجيء انها حجة متعدية . اما اذا كان الاستحقاق باقرار المشتري او بنكوله ، كأن طلب المستحق تحليفه على انك لا تعلم ان المبيع ملكي ، او باقرار وكيل المشتري بالخصومة او بنكوله ، فلا رجوع ، لأنه حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره اه (در مع بعض زيادة من حاشية رد المحتار)

ومعني كون البينة حجة متعدية انها تتعدى الى غير المحكوم عليه ممن تلقى المحكوم عليه الملك منه ، كما ذكرنا آنفا . وهذا بخلاف الاقرار ، فإنه لا يتعدى المقر. ثم تتعدي الى كافة الناس في اربعة مسايل ، وهي ما اذا قامت على العتق وفروعه ونحوه كولاء ونكاح ونسب ، فإن الحكم بالبينة على واحد من هذه المسايل يكون حكمًا على كافة الناس ، فلا تسمع فيه الدعوى من احد . لكن يجري في النكاح ما جرى في الملك المؤرخ فتسمع دعوى الغير على نكاحها قبل التاريخ لا بعده ، كما في رد المحتار . قال : ويزاد على الاربع ما في معين الحكام : لو احضر رجلاً وادعى عليه حقاً لموكله واقام البينة على انه وكله باستيفاء حقوقه والخصومة في ذلك ، قبلت ويقضي بالوكالة ، ويكون قضاء على كافة الناس لانه ادعى حقًا عليه ، فكان اثبات السبب عليه اثباتًا بالوكالة . ويكون قضاء على كافة الناس حتى و احضر آخر وادعى عليه حقًا لا يكلف اعادة البينة على الوكالة اه.

واختلفوا في القضاء بالوقف ، قيل كالعتق والحرية ، وقيل لا فتسمع فيه دعوى ملك آخر او وقف آخر ، وهو المختار كما في التنوير . واعتمده في الخانية لأنه اقتصر عليه وعلله فكان ذلك ترجيحًا له كما في الانقروية . وفي جامع

الفصولين : شرى داراً فاستحق باقرار المشتري او بنكوله ، لا يرجع بثمنه على بايعه فلو برهن المشتري ان الدار ملك المستحق ليرجع بثمنه على بايعه ، لا يقبل، للتناقض — لأنه لما قدم على الشراء فقد اقر انه على ملك البايع ، فإذا ادعى لغيره كان تناقضاً يمنع دعوى الملك ، ولأنه اثبات ما هو ثابت باقراره ، فلغا . اما لو برهن على اقرار البايع انه ملك المستحق ، يقبل لعدم التناقض ، وانه اثبات ما ليس بثابت ولو لا بينة له ، فله تحليف البايع بالله ما هو للمدعي ، لأنه لو اقر، لزمه اهـ.

وفي رد المحتار عن الذخيرة : ولو عدّل المشتري شهود المستحق ، قال ابو يوسف اسئل عنهما فان عدّل رجع بالثمن ، والا فلا ، لأنه كاقراره . ولو اجتمع كل من البينة والاقرار ، فإن سبق الحكم بالبينة كان للمشتري الرجوع على بايعه بالثمن اتفاقاً . وان سبق الحكم بالاقرار فلا رجوع له، لأنه بعد الحكم للمستحق باقرار المشتري لا يصح الحكم بعده بالبينة. وان كان قبل الحكم بشيء منهما بأن برهن ثم قبل الحكم اقر المشتري او بالعكس ، فإنه يجعل الحكم قضاء بالبينة ، لأجل الحاجة الى رجوع المشتري على بايعه ، وان كان الاظهر والاقرب للصواب انه ان ثبت الحق بهما يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة . لكن عند تحقق حاجة الخصم اليه ينبغي اعتباره قضاء بها ، اي بالبينة ، ليندفع الضرر عنه بالرجوع اه (ملخصاً من الدر وحواشيه والفتح)

ولو استحقت دابة مثلاً ولدت عند المشتري اولاداً ومثل الاولاد جميع زوايد المبيع ، فإن كان الاستحقاق بالبينة تتبعها الزوايد بشرط القضاء بها ، اي بالزوايد . وانما يقضي بها تبعاً للاصل اذا سكت الشهود. فلو بينوا انها لذي اليد او قالوا لا ندري ، فلا يقضى بها . ففي البزازية : شهدوا على رجل في يده جارية انها لهذا المدعي ثم غابا او ماتا ولها ولد في يد المدعي عليه يدعي انه له وبرهن على ذلك ، لا يلتفت الحاكم الى برهانه ويقضي بالولد للمدعي . فان حضر الشهود بعد الحكم وقالوا الولد للمدعي عليه ، ضمن الشهود قيمة الولد كأنهم رجعوا . فان كانوا حضوراً وسئلوا عن الولد ، فان قالوا انه للمدعي عليه ، او لا ندري لمن الولد ، يقضى للمدعي بالام دون الولد اه .

وان كان الاستحقاق باقرار ذي اليد ، فإن كان المدعي يدعي الزوايد ايضاً ، فالحكم كذلك . اي ان الزوايد تتبع الدابة لأن الظاهر انها له ، كما في الزيلعي عن النهاية . وان لم يكن ادعاها ، فلا تتبع ولا يقضي بها القاضي ، بل يأخذ الدابة وحدها نعم لا ضمان بهلا كها ، بل باستهلا كها، كزوايد المغصوب . والنكول له حكم الاقرار . قال في الهداية : ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة ، فإنها كاسمها مبيِّنة ، فيظهر بها ملكه من الأصل : والولد كان متصلاً بها فيكون له . اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار ، وقد حصلت باثباته بعد الانفصال ، فلا يكون الولد له . ومقتضى هذا الفرق ان الزوايد لا تتبع اذا كان الاستحقاق باقرار ذي اليد وان ادعاها المستحق كما في الفتح ، فليتأمل اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار .

وذكر فيها : لو نقصت الارض المستحقه بزراعة المشتري وضمن نقصانها للمستحق ، لا يرجع به على بايعه لأنه جزاء فعله . وقال: وبه ظهر جواب حادثة الفتوى فيمن اشترى داراً فظهرت وقفاً وضمنه ناظر الوقف اجرتها ، فأجبت بأنه لا يرجع بالاجرة على البايع ، خلافاً لما افتى به بعض علماء مصر القاهرة في زماننا مستدلاً بقولهم « الغرور في ضمن عقد المعاوضة يوجب الرجوع » ولا يخفى انه غير صحيح ، لأنه انما يرجع بما يمكن تسليمه كما يأتي بيانه ، وبما ليس جزاء لفعله كما علمت اه .

اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعاه آخر انه له ، لا تسمع دعواه بدون حضور البايع والمشتري للقضاء عليها ، لان الملك للمشتري واليد للبايع والمدعي يدعيهما، فشرط للقضاء عليها حضورهما . ولو قضى له بحضرتها ثم برهن احدهما على ان المستحق باعه من البايع ثم هو باعه من المشتري ، قبل برهانه ولزم البيع ، لأن القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء الاول بأنه ملك المستحق ، ولا ينقضه . ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البايع ان المستحق باعها منه ، يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض . فأفاد ان قوله : «ولزم البيع» مقيد بما اذا لم يفسخ القاضي البيع . كذا ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار عن الفتح .

ولو ادعى المشتري استحقاق المبيع على بايعه ليرجع بثمنه ، فلا بد ان يفسر

الاستحقاق وبين سببه . فلو بينه فأنكر بايعه البيع فبرهن عليه، يقبل ورجع بثمنه . وقيل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة ، وقيل لا ، وبه افتى ظهير الدين . بل لو ذكر شية العبد وصفته وقدر ثمنه، كفى .

شراه عالمًا بأنه ليس لبايعه ثم استحق ، رجع بثمنه وللمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه .

ولو شري ارضاً فبنى او زرع او غرس فاستحق ، يرجع المشتري بثمنه على بايعه ويسلم بناءه وزرعه وشجره اليه فيرجع بقيمتها مبنياً قايماً يوم سلمها اليه . فلو بنى المشتري بناء قيمته عشرة آلاف مثلاً وسكن فيها زمانًا حتى خاق البناء وتغير وانهدم بعضه ثم استحق ، يرجع على بايعه بقيمة البناء يوم تسليمه، ولا ينظر الى ما كان انفق . وانما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه الى البايع، حتى لا يرجع بقيمته جص وطين . ولو كان البايع غايباً والمستحق آخذ المشتري بهدم بنائه فقال المشتري غرني بايعي ، وهو غائب ، قال ابو حنيفة : لا يلتفت الى قول المشتري فيؤمر بهدمه وتدفع الدار الى المستحق . فلو حضر البايع بعد هدمه لا يرجع المشتري على البايع بقيمة البناء ، وانما يرجع عليه لو كان البناء قائماً فسلمه اليه فهدمه واخذ النقض . واما لو هدمه فلا شيء على البايع . وهذا خلاف ما مر في شرح الاسبيجابي وفي جامع الصغرى . على البايع قيمة الشجر نابتاً في الاستحقاق ، ولو استأجر ارضاً وغرس فمضت المدة فعلى المؤجر قيمة الشجر مقلوعاً . ولو بنى داراً ثم شرى ارضه فاستحق لا يرجع بقيمة بنائه . ولو شرى داراً فحفر فيها بئراً او نقى بالوعة او رم من الدار شيئاً ثم استحق، لم يرجع بشيء منها ، اذ الحكم يوجب الرجوع بقيمة لا بنفقة . حتى لو كتب في الصك ، فما انفق المشتري فيه او رمّ فعلى البايع يفسد البيع . ولو حفر بئراً وطواها يرجع بقيمة الطي لا بقيمة الحفر ، فلو شرط افسد البيع .

شرى داراً فبنى فاستحق بجميع ما فيه من البناء يرجع بثمنه لا بقيمة بنائه ، لما مر ان الاستحقاق اذا ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجوع على البايع، والبناء ملك المشتري فلا يرجع به . ولأنه لما استحق الكل لا يقدر المشتري ان يسلم

البناء الى البايع ، وقد مر انه لا يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلمه الى البايع . ولو عرف المشتري ان الدار لغير البايع ولم يدع البايع وكالة فبنى فاستحق ، لم يكن مغروراً ولو لم يعلم انه يبيع بأمره . ولكن البايع قال انه امرني ببيعه فشراه فبنى ثم استحقه مالكه وانكر الامر بالبيع ، فالمشتري يرجع على بائعه بثمنه وبقيمة بنائه ، لتحقق الغرور . كما لو اشترى امة ممن يقول امرني مالكها ببيعها فاولدها المشتري ثم انكر مالكها الامر بالبيع ، فالولد حر بقيمته ، ويرجع المشتري بالثمن والقيمة على بائعه . والولد والبناء يجريان مجرى واحداً في الغرور (الكل من الفصل السادس من جامع الفصولين ، وتمامه فيه)

وفي الدر المختار عن المنية : شرى وبنى فيها فاستحقت ، رجع بالثمن وقيمة البناء مبنياً على البايع اذا سلم النقض اليه يوم تسليمه ، وإن لم يسلم فبالثمن لا غير اه قال في حاشية رد المحتار : ظاهره انه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبايع غايب ثم سلم نقضه الى البايع . وذكر في الخانية عن ظاهر الرواية انه لا يرجع عليه ، الا اذا سلمه البناء قائماً فهدمه البايع . ثم قال : والاول اقرب الى النظر . قلت : وعزاه في الذخيرة الى عامة الكتب اه وهذا مؤيد لما تقدم في جامع الفصولين عن شرح الاسبيجابي ، فليتنبه .

قبض كل المبيع فاستحق بعضه ، بطل البيع في قدره ، اي قدر ذلك البعض . فان اورث استحقاق البعض العيب في الباقي او كان المستحق شيئين كشيء واحد ، كالسيف بالغمد والقوس بالوتر ، خير المشتري في الباقي ، وهو ظاهر . والا يورث عيباً في الباقي ولم يكن شيئين كشيء واحد لزمه الباقي بحصته من الثمن .

توضيحه ان البيع اذا بطل في قدر البعض المستحق ، ينظر : ان كان استحقاق ما استحق يورث العيب في الباقي ، كما اذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً مما في تبعيضه ضرر ، كالدار والارض والكرم والعبد ونحوها ، فالمشتري بالخيار في الباقي : ان شاء رضي بحصته من الثمن ، وان شاء رد . وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفي الحكم كشيء واحد فاستحق احدهما ، فله الخيار في الباقي . وان كان استحقاق ما استحق لا يورث عيباً في الباقي ، كما اذا كان المعقود عليه ثوبين او عبدين فاستحق احدهما ، او صبرة حنطة او حملة وزني فاستحق بعضه ،

فانه لا ضرر في تبعيضه ، فلزم الباقي المشتري بحصته من الثمن ، وليس له الخيار (كذا في شرح الطحاوي)

ولو قبض بعض المبيع فاستحق المقبوض او غيره ، بطل البيع فيه ايضاً وخير المشتري في الباقي مطلقاً سواء اورث استحقاق البعض العيب فيه او لا ، لتفرق الصفقة على المشتري . قبل التمام (كذا في الدرر)

وفيه . ادعى حقاً مجهولاً في دار فصولح على شيء كمائة درهم مثلاً ، فاستحق بعضها ، اي بعض الدار ، لم يرجع صاحب الدار بشيء من البدل على المدعي ، لجواز ان يكون دعواه فيما بقي ، وان قل وان استحق كلها ، اي كل الدار ، رد كل العوض ، للعلم بأنه اخذ عوض ما لم يملكه ، فيرد . وان ادعاها ، اي الدار كلها ، فصولح على شيء كماية ، فاستحق بعضها ، اي بعض الدار ، رجع بحصته لأن الصلح على ماية وقع عن كل الدار ، فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر ، فيرد بحسابه من العوض اه والمراد بالبعض في قوله « فاستحق بعض الدار » في المسئلة الاولى قطعة معينة منها . بنيء عن ذلك قول الهداية « فاستحقت الدار الا ذراعاً » واستظهر العلامة بن عابدين انه لو كان الاستحقاق على سهم شائع كربع او نصف ، يكون الحكم كذلك . اي ان صاحب الدار لا يرجع على المدعي بشيء . قال : لأن المدعي لم يدع سهماً منها ، لأن دعوى حق مجهول تشمل السهم والجزء . نعم لو ادعى سهماً شائعاً يكون استحقاق الربع مثلاً وارداً على ربع ذلك السهم ايضاً ، فللمدعي عليه الرجوع بربع بدل الصلح اه فليتأمل . قال شراح الهداية ، ومثله في التنوير والبحر : واستفيد من جواب المسئلة المارة امران : احدهما صحة الصلح عن مجهول على معلوم ، لأن جهالة الساقط لا يفضي الى المنازعة ، لأن المصالح عنه ساقط فهو مثل الابراء عن المجهول ، فانه جائز عندنا لما ذكر ، بخلاف عوض الصلح ، فانه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوماً لئلا يفضي الى المنازعة . والثاني عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح اه وفي الدر : قيد كون الدعوى بمجهول ، لأنه لو ادعى قدراً معلوماً كربعها لم يرجع ما دام في يده ذلك المقدار . وان بقي اقل ، رجع بحساب ما استحق منه اه .

ج ــ ٢

فروع

ولو شرى داراً بعبد واخذت بالشفعة ثم استحق العبد ، بطلت الشفعة وبأخذ البايع الدار من الشفيع لبطلان البيع (در مختار) اي ويرجع الشفيع بما دفع من قيمة العبد على البايع (رد المحتار ، وتمامه فيه وفي حاشية الفصولين للخير الرملي ، فليراجع) .

رجلٌ اشترى شيئاً فاستحق من يده ورجع المشتري على البايع بالثمن ثم وصل المبيع الى المشتري بوجه من الوجوه ، لا يؤمر بالتسليم الى البايع . ولو اشترى شيئاً قد اقرانه ملك البايع ثم استحق عليه ورجع على البايع بالثمن ثم وصل اليه بوجه من الوجوه ، فإنه يؤمر بتسليمه للبايع (خانية)

رجلٌ اشترى امة وقبضها ونقد الثمن ثم استحقها رجل بالبينة فأراد المشتري ان يرجع على البايع بالثمن فقال له البايع قد علمت ان الشهود شهدوا بزور وان الامة كانت لي ، وقال المشتري انا اشهد ان الأمة كانت لك وانهم شهدوا بزور ، لا يبطل حق المشتري في الرجوع بالثمن ، الا ان الجارية لو وصلت اليه يوماً من الدهر بوجه من الوجوه يؤمر بالرد على البايع (هندية عن الظهيرية)

رجلٌ اشترى عبدين بألف وقبضهما ثم استحق من احدهما بعينه نصفه فإن العبد الآخر يكون لازماً للمشتري وله الخيار في الذي استحق نصفه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى .

رجلٌ اشترى نصف عبد ثم اشترى رجلٌ آخر نصفه فقبض المشتري الثاني ولم يقبض الأول ثم جاء رجلٌ آخر واستحق من هذا العبد بعضه ، فما استحق يكون من النصفين جميعاً . وان كان المشتري الأول قبض ولم يقبض الثاني فما استحق يكون من الثاني ، وان قبضاه جميعاً فما استحق فهو منهما جميعاً .

رجلٌ معه قفيزا حنطة في جوالق فباع من ذلك قفيزاً من رجل بدرهم ولم يقبض المشتري حتى باع من آخر قفيزاً منه بدرهم ثم استحق احد القفيزين ، فإن البيع الأول جائز والثاني باطل .

رجل في يده كران فباع احدهما من رجل ولم يسلم حتى باع من آخر كراً ودفع اليه ثم باع الكر الباقي من آخر ودفعه اليه ثم حضر المشتري الأول ووجد المشتريين جميعاً ، فإنه يأخذ ما في يد المشتري الثالث لأن البايع بعد ما باع الأول كان يملك بيع الكر الثاني فجاز بيعه لأنه باع ما يملك . واذا باع الكر الآخر من المشتري الثالث ، لم يجز بيعه ، لانه للمشتري الأول ، فيأخذ ما كان في يد الثالث . فإن حضر المشتري الأول ولم يجد المشتري الثالث ووجد المشتري الثاني ، فإنه يأخذ من الثاني نصف ما في يده ، لأنه لما باع من الثاني كراً صار الكران مشتركين بين الأول والثاني جميعاً . وما في يد الثالث يكون بينهما نصفين . ولو ان المشتري الأول وجد الثالث يأخذ جميع ما في يد الثالث . وكذا لو كان الكر بين عبده فباع نصفه من رجل ولم يدفع حتى باع نصفه من رجل آخر ودفعه اليه ثم باع نصفه من ثالث ودفع اليه .

رجل اشترى ارضاً بشرب بها فاستحق الشرب قبل القبض ، قال محمد رحمه الله تعالى يخير المشتري ان شاء اخذ الارض بجميع الثمن وان شاء ترك . وكذلك المسيل . وان استحق الشرب بعد ما قبض المشتري الارض واحدث فيها بناء او غرساً او زرعاً ، فإن المشتري يرجع بنقصان الشرب والمسيل . جعل محمد رحمه الله تعالى لهذا اصلاً فقال كل شيء اذا بعته وحده لا يجوز بيعه واذا بعته مع غيره جاز ، فاذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشتري بالخيار ، ان شاء اخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء ترك . وكل شيء اذا بعته وحده يجوز بيعه واذا بعته مع غيره لا يجوز فاذا استحق كان له حصته من الثمن .

رجل له ضيعة اشتراها بمائة درهم فباع الرجل مع اخيه بعض هذه الضيعة بضيعة اخرى ثم مات اخوه فادعى ورثة الأخ الضيعة المشتراة وما بقي من الضيعة الاولى صح بعلة ان صاحب الضيعة الاولى اشترى الضيعة الثانية مع مورثهم فكان نصفها لمورثهم ، قالوا الضيعة المشتراة تكون بين الاخوين نصفين لأنهما اشتريا الضيعة الثانية فكانت مشتركة بينهما جميعاً ويكون نصيب الميت ميراثاً لورثته ويرجع الاخ الحي في تركة الميت بنصف قيمة ما باع من الضيعة الاولى لأن الاخ

الميت اشترى نصف المشتراة لنفسه وقضى الثمن بمال اخيه وصار الاخ الحي بمنزلة المقرض له، ولا حق لورثة الميت فيما بقي من الضيعة الاولى ، لانه لم يوجد من صاحب الضيعة الاولى الا اشراك اخيه في شراء الضيعه الثانية ببعض الضيعة الاولى ، وهذا لا يكون تمليكاً منه لما بقي من الضيعة الاولى ولا اقراراً بملك الاخ في الضيعة الاولى (الكل من فتاوى قاضيخان)

لو احال البايع رجلاً بالثمن على المشتري ثم استحقت الدار المبيعة ، فالمشتري يرجع بالثمن على البايع لاعلى المحال ، وان لم يظفر بالبايع . ولو كان البايع وكيلا فللمشتري مطالبته بالثمن من ماله ، ولا ينتظر ان كان دفع الثمن اليه . وان كان دفعه للموكل ينتظر اخذه من الموكل (كذا في رد المحتار عن الذخيرة) وذكر مثله في الانقروية عن مجموع النوازل عن شيخ الاسلام السندي . ثم قال : وفي الجامع ان المشتري بالخيار ، ان شاء رجع على القابض ، وان شاء رجع على الآمر . ثم نقل ايضاً عن البزازية مثله حيث قال : فلو كان ادى الثمن الى المحتال ، فهو بالخيار ، ان شاء رجع على البايع المحيل وان شاء رجع على المحتال القابض . وان كان دفع الثمن الى الوكيل بالبيع ، رجع على الوكيل . وان كان دفعه الى موكله ، يرجع على الموكل . ومعناه انه اذا كان اعطاه الى الموكل يطالب الوكيل حتى يأخذ من الموكل ويؤديه اليه . فإن كان اداه الى الوكيل يأخذه في الحال من الوكيل قبل ان يأخذه الوكيل من الموكل اه فليتأمل عند الفتوى ، ولينظر اي القولين هو الراجح .

شراه ولم يتقابضا حتى ادعاه احدٌ والمدعي مقرٌ بالبيع فأحضر البايع والمشتري عند الحاكم ، ولا بينة له ، فاستحلفهما الحاكم فحلف البايع ونكل المشتري ، يؤخذ المشتري بثمنه ، فإذا اداه سلم المبيع للمدعي . ولو حلف المشتري ونكل البايع ، فعلى البايع جميع قيمة المبيع للمدعي . الا ان يجيز المستحق البيع ويرضى بثمنه (فصولين) ولو استحق العين من يد المستأجر او من يد المودع او الغاصب ، لا يرجع المالك على بايعه بالثمن ، لأنه لم يرد الاستحقاق على وجه خصم . فإن كان المدعي ادعى فعلاً على ذي اليد بأن قال هذه الدابة ملكي غصبتها مني ، ينتصب خصماً وتسمع عليه البينة ويكون للآخر حق الرجوع على بايعه (انقروي عن

البزازية والعمادية) .

لو استحق من المودع او الغاصب فللمالك ان يدعي على المستحق ، اذ الغاصب والمودع لا يصلح خصماً ، فبطل القضاء .

اخذ داراً بشفعة فبنى ثم استحق من الشفيع ، رجع الشفيع على المشتري بثمنه لا بقيمة بنائه ، لأخذه برأيه .

ارض شرياه او ورثاه فاقتسماه فبنى احدهما في نصيبه فاستحق نصيبه ، لا يرجع على شريكه بقيمة البناء . والاصل ان القسمة لو كانت مما يجبر عليها الآبي كقسمة جنس واحد ، فلا يثبت فيها حكم الغرور ، فلا رجوع عند الاستحقاق ، ولو حصلت بتراضيهما . ولو كانت مما لا يجبر كقسمة في جنسين ، فالغرور يثبت فيها .

ادعى المستحق على المشتري واخذه بلا حكم نقال المشتري لبايعه المستحق اخذه مني بلا حكم فأد ثمنه الي فدفع البايع ثمنه اليه ثم برهن البايع على المستحق انه له مع غيبة المشتري ، صح ، لانفساخ البيع بينه وبين المشتري بتراضيهما ، فبقي على ملك البايع . ولم يصح الاستحقاق .

المستحق لو اخذ العين من يد المشتري بلا حكم نهلك فكيف يرجع المشتري على بايعه بثمنه ؟ فالوجه ان يدعي المشتري عليه انك قبضته مني بلا حكم وكان ملكي وقد هلك في يدك فأد الي قيمته ، فيبرهن الآخر انه له ، فيرجع المشتري على بايعه بثمنه اه ومفهومه انه لو لم يهلك فالمشتري استرداده منه حتى يبرهن ، فيرجع المشتري على بايعه ان لم يقر المشتري اولاً بأنه للمستحق (كذا في رد المحتار)

وفيه انه اذا برهن المستحق يكون الحكم مستنداً على البينة لا على الاقرار كما تقدم ، فله الرجوع وان اقر اولاً ، فليتأمل . ولو استحق فأراد المشتري ان يرجع بثمنه فقال بائعه لي ، دفعه ولم يبين وجهه ، او بينه وقال بينتي غائبة عن البلدة ، او بين دفعاً فاسداً ، لا يلتفت اليه ويحكم عليه . ولو بين دفعاً صحيحاً وقال بينتي حاضرة في البلدة ، يمهل الى المجلس الثاني (جامع الفصولين)

وفي الانقروية : لو اشترى طاحونة وكانت في يده مدة ثم استحقها ، فليس

للمستحق ان يطالب المشتري بغلة الطاحونة ، لانه ليس من اجزاء المبيع ، بل من فعله وكسبه . بخلاف ثمرة الاشجار ، فإن المستحق يضمنها المشتري .

رجل اشترى عبداً او بقرةً فأنفق عليها ثم استحقا ، لا يرجع المشتري على البايع بما انفق .

اشترى ابلاً مهازيل فعلفها حتى سمنت ، ثم استحقت ، لا يرجع على البايع بما انفقه وبالعلف (قنية)

اشترى بقرة وسمّنها ثم استحقت فإنه يرجع على بايعه بما زاد ، كما لو اشترى داراً وبنى فيها ثم استحقت (قاعدية) اهاقول : ولا يخفى انه لامنافاة بين مافي القاعدية وبين ما في القنية لان عدم الرجوع بما انفق لا ينافي الرجوع بما زاد في المبيع بفعل المشتري ، كما في البناء والغرس ، فإنه فيهما ايضاً لا يرجع بما انفق ، وانما يرجع بقيمه البناء والغرس مبنياً ونابتاً ، كما تقدم . فما في رد المحتار من اعتبار التنافي بين العبارتين وان ما في القنيه اظهر للفرق بين التسمين والبناء غير محرر وفيه ترك لأحد النصين بلا موجب ، فليتأمل

وفيها عن محيط السرخسي : قاض باع دار اليتيم ما يساوي الفاً بمائة فبنى فيها المشتري ثم ادرك الصغير ، فإنه يرد المبيع ولا يرجع المشتري بقيمة البناء على احد اه .

رجل اشترى كرماً فقبضه وتصرف فيه ثلاث سنين ثم استحقه رجلٌ وبرهن واخذه بقضاء القاضي ثم طلب الغلة التي اتلفها المشتري ، افتى في الحامدية وعزاه الى جامع الفتاوي انه يوضع من الغلة مقدار ما انفق في عمارة الكرم من قطع الكرم واصلاح السواقي وبنيان الحيطان ومرمتها . وما فضل عن ذلك يأخذ المستحق من المشتري اه قال : وبمثله افتى الشيخ خير الدين الرملي وابو السعود مفتي دار السلطنه ، ونقله الانقروي في فتاواه . اقول : ووجهه ان ما وضع من الغلة بمقابلة ما انفقه المشتري لا يعد من غلة الكرم ، فليس من زوابده ، فلا حق للمستحق فيه لأنه انما حصل بفعل المشتري وعمله ، فهو نظير مسئلة الطاحونة التي تقدمنا نقلها عن الانقروية من انه ليس للمستحق ان يطالب المشترى بغلتها لأنها ليست من اجزاء المبيع بل من فعل المشتري وكسبه اه نعم ما زاد من الغلة على

ذلك هو غلة الكرم ، فيضمنها . وبهذا سقط استشكال العلامة بن عابدين في حاشية رد المحتار من انه كان ينبغي ان لا يرجع المشتري بما انفقه على الكرم ، لا على المستحق ولا على البائع ، لأنه مثل قيمة الجص والطين . وانه اذا ثبت الرجوع فقد كان الاوفق الرجوع على البائع لأنه غر المشتري في ضمن عقد البيع ، ولا صنع للمستحق في ذلك اه ملخصاً . — ووجه السقوط انه لا رجوع في هذه المسئلة على احد بل هي نظير مسئلة الطاحونة المارة ، فليتأمل .

وباقي فروع مسائل الاستحقاق تطلب من الخانية وجامع الفصولين والانقروية . وذكر في رد المحتار آخر الاستحقاق ما نصه : « خاتمة » لم ار من ذكر ما اذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة مثلاً ، وهي واقعة الفتوى ، وقد اجبت بأن المستحق لا بد له من اقامة البينة على قيمتها يوم الشراء ، فيضمن المشتري القيمة ويرجع على بايعه بالثمن لا بما ضمن ، لان المشتري غاصب الغاصب وقد صرحوا في الغصب بأن المشتري من الغاصب اذا ضمن القيمة يرجع على بايعه بالثمن ، لأن رد القيمة كرد العين اه .

﴿ انتهى كتاب البيوع ﴾

ج — ٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب الثاني في الاجارات

ويشمل على مقدمة وثمانية ابوب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالإجارة

لما فرغ من مباحث بيع العين شرع في مباحث بيع المنفعه فقال :

المادة ٤٠٤ — ﴿ الاجرة الكراء اي بدل المنفعة ، والايجار المكاراة ، والاستئجار الاكتراء ﴾

نقل في رد المحتار عن الاساس « آجرني داره واستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤآجر فإنه خطأ وقبيح » قال : وليس آجر هذا فاعَلَ بل هو افعَلَ اهـ فليتأمل في قوله « والايجار المكاراة »

المادة ٤٠٥ — ﴿ الاجارة في اللغة بمعنى الاجرة وقد استعملت في معنى الايجار ايضاً ﴾

قال الزيلعي : وفي اللغة ، الاجارة فعالة اسم للاجرة ، وهي ما يعطى من

كراء الاجير . وقد آجره اذا اعطاه اجرته اهـ ونقل الرملي في حاشية البحر ، قال الواحدي عن المبرّد : آجرت داري ومملوكي (غير ممدود ، وممدوداً ، والاول اكثر) اجاراً واجارة اهـ وعليه فاصطلاح الفقهاء باستعمال الاجارة موافق لاستعمال اللغة ، والى هذا يشير قول المجلة « وقد استعملت في معنى الايجار ايضاً »

❋ وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم ❋

ذكر في الدرر ان في هذا التعريف نظراً ، لانه ان كان تعريفاً للاجارة الصحيحة لم يكن مانعاً ، لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد والشيوع الاصلي . وان كان تعريفاً للاعم ، لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحاً ، لعدم تناوله الاجارة الفاسدة بجهالة المنفعة او بجهالة العوض اهـ ومثله في المنح .

ورده في الشرنبلالية بأن المعرف انما هو الاجارة الشرعية ، وهي الصحيحة التي عرفها ائمة المذهب بأنها عقد على منفعة معلومة ببدل معلوم ، والفاسد ضد الشرعية ، فلا يشملها تعريف الشرعية سواء فسدت بشرط مقارن او شيوع اصلي . فادعاء شمول تعريف الشرعية للفاسدة غير مسلم . على ان تقييد كل من المنفعة والبدل بكونه معلوماً يخرج به الاجارة الفاسدة بالشرط الفاسد والشيوع الاصلي ، لان المراد بكونه معلوماً ان يرد عليه عقد الاجارة على وجه تنقطع به المنازعة ، ولا شك انه بالشرط الفاسد والشيوع الاصلي لا تنقطع المنازعة اهـ ملخصاً . ثم ان معلومية المنفعة تحصل ببيان المدة كالسكنى والزراعة مدة كذا ، وببيان العمل كالصياغة والصبغ والخياطة ، بما يرفع الجهالة . فلا بد ان يعين الثوب الذي يصبغ وكون الصبغ احمر او نحوه وقدر الصبغ اذا كان يختلف . ويشترط في استئجار الدابة للركوب بيان الوقت او الموضع ، فلو خلا عنهما فهي فاسدة ، وبالاشارة كنقل هذا الطعام الى كذا اهـ ملخصاً من الدر وحواشيه ، وسيأتي تمام توضيحه في الفصل الثالث من الباب الثاني .

ويشترط في المنفعة ان تكون مقصودة من العين في الشرع ونظر العقلاء . حتى لو استأجر ثياباً او اواني ليتجمل بها او دابة ليجنبها بين يديه او داراً لا ليسكنها او عبداً او دراهم او غير ذلك لا ليستعمله ، بل ليظن الناس انه له ، فالاجارة فاسدة في الكل ، ولا اجر له ، لأنها منفعة غير مقصودة من العين . كذا في الدر عن البزازية . وقوله « ولا اجر له » اي ولو استعملها فيما ذكره . وقولهم ان الاجرة تجب في الفاسدة بالانتفاع ، محله فيما اذا كان النفع مقصوداً (طحطاوي)

المادة ٤٠٦ = ❊ الاجارة اللازمة هي الاجارة الصحيحة العارية عن خيار العيب وخيار الشرط وخيار الرؤية وليس لأحد الطرفين فسخها بلا عذر ❊

وكذا تصير لازمة بعد سقوط احد الخيارات المذكورة ، كما لو رضي المستأجر بالعيب او ازاله البايع قبل فسخ المستأجر ، وكما لو مضت مدة خيار الشرط قبل الاجازة او الفسخ ، وكما لو سقط خيار الرؤية باستعمال المأجور بعدها ، وسيأتي توضيح جميع ذلك في الباب الخامس .

وقول المجلة « وليس لاحد الطرفين فسخه بلا عذر » مقيد بما اذا لم تقع الاجارة على استهلاك عين كالاستكتاب ، فلصاحب الورق فسخها بلا عذر . واصله في المزارعة ، لرب البذر الفسخ دون العامل (اشباه)

وفي حاشيته لابي السعود عن البيري : والحاصل ان كل عقد لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه او ماله ، يثبت له حق الفسخ . اقول : ومن ذلك على ما يظهر ما لو استأجر معمارياً لبناء حائط او عقد من حجر بكلس المستأجر او نجاراً لينجر له بيتاً بخشب المستأجر ، فإن في ذلك ايضاً استهلاك عين للمستأجر ، فليتأمل ، وليراجع ما سنكتبه في شرح المادة ٤٤٣ .

المادة ٤٠٧ = ﴿ الاجارة المنجزة ايجار معتبر من وقت العقد ﴾

لكن لا يلزم، اي لا يملك الأجر فيها بمجرد العقد ، بل بتسليمه اي بتعجيله ، حتى لا يملك الاسترداد او باشتراط التعجيل ، فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين المؤجرة عنه ، وله حق الفسخ ان لم يعجل له المستأجر . كذا في الدر وحواشيه ، وسيأتي تمامه في الفصل الثاني من الباب الثالث .

المادة ٤٠٨ = ﴿ الاجارة المضافة ايجار معتبر من وقت معين مستقبل . مثلا لو استؤجرت دار بكذا نقوداً لكذا مدة اعتباراً من اول الشهر الفلاني الآتي تنعقد حال كونها اجارةً مضافة ﴾

يعني تنعقد لازمةً على ما اختارته المجلة ، كما ستصرح به المادة (٤٤٠) غير ان الاجرة لا تملك فيها وان اشترط العاقدان تعجيلها ، فيكون الشرط باطلاً ولا يلزم المستأجر للحال شيء بالاجماع ، لأن امتناع وجوب الأجرة فيها بالتصريح بالاضافة الى المستقبل . والمضاف الى وقت لا يكون موجوداً قبله ، فلا يتغير هذا المعنى بالشرط . بخلاف المنجزة ، لأن العقد فيها اقتضى المساواة وليس بمضاف صريحاً فيبطل ما اقتضاه بالتصريح بخلافه (رد المحتار ملخصاً عن الزيلعي)

المادة ٤٠٩ — ✻ الآجر هو الذي اعطي المأجور بالاجارة ويقال له ايضاً المكاري بضم الميم ومؤجر بكسر الجيم ✻

المكاري اسم فاعل من كاريته من باب قاتل ، والفاعل مكار على النقص ، والجمع مكارون ومكارين ، مثل قاضون وقاضين . ومكاريون بالتشديد خطأ . واكريته الدار وغيرها اكراء فاكتراه ، بمعنى آجرته فاستأجر . والفاعل من اكتراه مكتر ، ومن اكريته مكر ، بالنقص ايضاً . وجمعها كجمع المنقوص (مصباح)

والآجر اسم فاعل من أجر من باب قتل ومن باب ضرب . والمؤجر اسم فاعل من آجر بالمد ، من افعل لا من فاعل . يقال آجرت الدار والعبد ، باللغات الثلاث . قال الزمخشري وآجرت الدار على افعلت فأنا مؤجر، ولا يقال موآجر ، فهو خطأ . وهو يتعدى الى مفعولين فيقال اجرت زيداً الدار وآجرت الدار زيداً على القلب . ويقال اجرت الدار من زيد للتوكيد ، كما يقال بعت زيداً الدار وبعت من زيد الدار . واما ما كان من فاعل كآجرته مؤاجرة مثل عاملته معاملة وعاقدته معاقدة ، فإنما يتعدى لمفعول واحد (افاده في المصباح ايضاً)

المادة ٤١٠ — ✻ المستأجر بكسر الجيم هو الذي استأجر ✻

المادة ٤١١ — ✻ المأجور هو الشيء الذي اعطي بالكراء ويقال له المؤجر والمستأجر بفتح الجيم ✻

فالماجور اسم مفعول من اجر بالقصر من باب قتل او ضرب . والمؤجر من

آجر ، بالمد ، من افعل . والمستأجر من استأجرته . واما مؤآجر بالمد وفتح الجيم ، فهو اسم مفعول من المؤآجرة بمعنى المفاعلة ، فيتصف بها احد العاقدين . يقال آجرته فأنا مؤآجر ، بكسر الجيم ، وهو مؤآجر ، بفتحها . وهذا فعله يتعدى الى مفعول واحد كما تقدم .

المادة ٤١٢ — ﴿المستاجر فيه بفتح الجيم هو المال الذي سلمه المستأجر للأجير لاجل ايفاء العمل الذي التزمه بعقد الاجارة كالثياب التي اعطيت للخياط ان يخيطها والحمولة التي اعطيت للحمال لينقلها﴾

المادة ٤١٣ — ﴿الأجير الذي آجر نفسه﴾

الاجير هنا بمعنى فاعل مثل نديم وجليس ، وجمعه اجراء مثل شريف وشرفاء (مصباح)

المادة ٤١٤ — ﴿اجر المثل هو الاجرة التي قدرتها اهل الخبرة الخالون عن الغرض﴾

المراد بأجر المثل اجر شخص مماثل له في ذلك العمل مثلاً . والاعتبار فيه لزمان الاستئجار ، كما في وقف الظهيرية ، ولمكان الاستئجار من جنس الدراهم او الدنانير لا من جنس المسمى ان كان غيرهما . ولو اختلف اجر المثل بين الناس ، فالوسط (طحطاوي عن القهستاني ، ومثله في رد المحتار)

وفي تنقيح الحامدية عن الحانوتي : اجرة مثل الارض تعلم من الطين المجاور لها اذا كان مماثلا ، ومما يأخذه التيربك في الارض بشرط المماثلة ، وان لا يكون فيهم ذو شوكة (وتمامه فيها من كتاب الاجارة ، فليراجع)

المادة ٤١٥ = ﴿ الأَجر المسمى هو الاجرة التي ذُكرت وتعيّنت وقت العقد ﴾

المادة ٤١٦ = ﴿ الضمان هو اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات ﴾

ثم ان المثلي المخلوط بخلاف جنسه ، كبر مخلوط بشعير وشيرج مخلوط بزيت ونحو ذلك ، قيمي (كذا في الدر المختار من كتاب الغصب) فيكون ضمانه بالقيمة .

الماده ٤١٧ = ﴿ المعد للاستغلال هو الشيء الذي اعدّ وعيّن على ان يعطى بالكراء كالخان والدار والحمام والدكان من العقارات التي بنيت او اشتريت علَى ان توُجر . وكذا كروسات الكرا ودواب المكارين . وايجار الشيء ثلاث سنين على التوالي دليل على كونه معدّاً للاستغلال والشيء الذي انشأه احد لنفسه يصير معدّاً لاستغلال باعلامه الناس بكونه معداً للاستغلال ﴾

حاصله ان ما اشتراه المالك او بناه لاجل استغلاله يكون معداً للاستغلال

بلا شرط . واما ما بناه او شراه لاجل ان يسكنها او يستعملها لنفسه ، فلا يكون معداً للاستغلال الا بأن يؤجره ثلاث سنوات فأكثر ، او بأن يعلم الناس بكونه قد اعده للاستغلال .

ونقييده الاجارة بثلاث سنوات فأكثر انما هو في الدار ونحوها . واما في الارض فقد نقل الطحطاوي عن الذخيرة ما نصه « قالوا ان كانت الارض في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض الغير وكان صاحبها لا يزرع بنفسه بل يدفعها مزارعة ، فذلك على المزارعة ولصاحب الارض ان يطالب المزارع بحصته على ما تعارفه اهل القرية من النصف او الربع او ما اشبه ذلك . هكذا ذكر في فتاوي النسفي اه »

المادة ٤١٨ — ﴿ المسترضع هو الذي التزم ظئراً بالاجرة ﴾

المادة ٤١٩ — ﴿ المهايأة عبارة عن تقسيم المنافع كاعطاء القرار على انتفاع احد الشريكين سنة والآخر اخرى مناوبة في الدار المشتركة مناصفة مثلاً ﴾

قال في التتارخانية « المهاياة ، مهموزاً وبلا همزة ، هي احد نوعي القسمة ، لان القسمة نوعان : قسمة اعيان وقسمة منافع . فالاول جمع النصيب الشائع من الاعيان ، والثاني جمعه من المنافع » وفي شرح الملتقى للداماد « والمهايأة شرعاً قسمة المنافع ، والقياس ان لا تجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها . لكنها جازت استحساناً بالاجماع »

وكما تكون المهاياة بين الشريكين في شيء تكون بين المستاجرين او بين مستأجر ومالك ، كما يعلم من الهندية وغيرها .

= الباب الاول –
في بيان الضوابط العمومية

الضوابط جمع ضابطة وهي ما يجمع فروعاً كثيرة من باب واحد ، كما في الأشباه ٠

المادة ٤٢٠ — المعقود عليه في الاجارة هي المنفعة

اي ملكاً واستحقاقاً ، لا انعقاداً ٠ وتوضيح ذلك ان العقد لا بد له من محل ينعقد فيه لأنه شرط للصحة ، لقول الفقهاء « المحالّ شروط » ومحل العقد هنا المنافع ، وهي معدومة ، والمعدوم لا يصلح محلا ٠ ولهذا لو اضاف العقد اليها ، لا يجوز ، بأن قال اجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا ٠ وانما يصح باضافته الى العين ، فجعلت الدار مثلاً محلاً بإقامتها مقام المنافع ، اقامةً للسبب مقام المسبب تصحيحاً للعقد حتى يربط الكلامان ، وهما الايجاب والقبول ، احدهما بالآخر على وجه يكونان علةً صالحة في افادة الحكم ، وهو ملك المنافع التي ستوجد ٠ فقد اتضح ان المعقود عليه في الاجارة هي المنفعة من حيث انها هي التي تملك وتستحق ، واما المعقود عليه من جهة الانعقاد اي ارتباط الايجاب والقبول ، فهو المحل الذي تكون فيه المنفعة ٠ كالدار مثلاً ٠ فإن قيل حيث تحقق الانعقاد ، اي ارتباط الايجاب بالقبول باقامة المحل مقام المنفعة ، فما معنى قولهم ان الاجارة تنعقد ساعة فساعة بعد ذلك ، على حسب حدوث المنافع ؟ قلنا المراد من انعقاد الاجارة ساعةً فساعة في كلامهم هو عمل العلة التي هي العقد ونفاذها في المحل الحقيقي ، وهو المنفعة ، ساعة فساعة ، — لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة ٠ يعني انه اقامة المحل

مقام المنفعه تم الانعقاد وارتبط الايجاب بالقبول كل ساعة يعني انه باقامة المحل مقام المنفعة تم الانعقاد وارتبط الايجاب بالقبول وفرغ منه . وانما الحكم وهو ملك المنفعة تأخر عن زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة ، لأن الحكم قابل للتراخي ، كما في البيع بشرط الخيار اه ملخصاً من الزيلعي والفتح والبحر .

وكون الاجارة اذا اضافها الى المنفعة لا تجوز ، كما اذا قال اجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا ، هو احد قولين ، كما في البزازية . واقتصر الزيلعي وصاحب الفتح على عدم الجواز ، ومشى في التنوير وشرحه الدر المختار على جواز الاجارة . لكن في الشرنبلالية عن البرهان ما يفيد ترجيح الاول .

المادة ٤٢١ ✻ الاجارة باعتبار المعقود عليه على نوعين النوع الاول عقد الاجارة الوارد على منافع الاعيان ويقال للشيء المؤجر عين المأجور وعين المستأجر ايضاً . وهذا النوع ينقسم الى ثلاثة اقسام الاول اجارة العقار كايجار الدور والاراضي الثاني اجارة العروض كايجار الملابس والاواني الثالث اجارة الدواب . النوع الثاني عقد الاجارة الوارد على العمل وهنا يقال للماجور اجير كاستئجار الخدمة والعملة واستئجار ارباب الحرف والصنايع هو من هذا القبيل حيث ان اعطاء السلعة للخياط مثلا ليخيطها ثوباً يصير اجارة على العمل كما ان استخياط الثوب على ان السلعة من عند الخياط استصناع ✻

اي بيع استصناعاً ، وهو صحيح ان جرى فيه التعامل بين الناس ، والا فإن ضربت له مدة السلم كان سلماً فيشترط له شروط السلم ، والا فاستصناع فاسد

كما تقدم تحقيقه في الفصل الرابع من الباب السابع من كتاب البيوع ٠

ثم ان عقد الاجارة انما يكون وارداً على العمل في النوع الثاني اذا كان الاجير مشتركاً ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحدٍ لأن المعقود عليه في حقه هو العمل ، فكان له ان يتقبل من العامة ٠ اما اذا كان الاجير خاصاً فعقد الاجارة واردٌ على منفعته ، فيكون من النوع الأول ، لان منافعه في المدة صارت مستحقةً للمستأجر ، فلا يمكنه ان يعمل لغيره ، والاجير مقابلةً بالمنافع ، ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وان نقض العمل اجنبي ، بخلاف الاجير المشترك (افاده في رد المحتار عن الزيلعي)

المادة ٤٢٢ — * الاجير على قسمين القسم الأول هو الاجير الخاص الذي استؤجر على ان يعمل للمستأجر فقط كالخادم والموظف *

خرج بقوله « فقط » نحو الخياط اذا عمل لواحدٍ ولم يذكر مدة ٠ وخرج نحو الراعي اذا استأجره رجل لرعي غنمه مدة معلومة من غير ان يشرط عليه عدم العمل لغيره ، لأن كلاً منهما لم يستأجر على ان يعمل للمستأجر فقط ، فلا حاجة لاخراجها بقيد آخر ، فافهم ٠

وكما يسمي القسم الأول اجيراً خاصاً ، يسمى اجير وحدٍ ، كما في عامة المعتبرات ٠

* والقسم الثاني هو الأجير المشترك الذي ليس بمقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي والصايغ واصحاب كروسات الكراء واصحاب الزوارق الذي يكارون في الشوارع والمواني ٠ فان كلاً من هؤلاء اجير مشترك

لا يختص بشخص واحد وله ان يعمل لكل احد . لكنه لو استؤجر احد هؤلاء على ان يعمل للمستأجر الى وقت معين يكون اجيراً خاصاً في مدة ذلك الوقت . وكذلك لو استؤجر حمال او ذو كروسة او ذو ذورق الى محل معين بشرط ان يكون مخصوصاً بالمستأجر وان لا يعمل لغيره فانه اجير خاص الى ان يصل الى ذلك المحل ❋

لصدق تعريف الاجير الخاص عليه، وهو انه استؤجر على ان يعمل للمستأجر فقط ، لأنه اذا استأجره الى وقت معين والى محل معين بشرط ان يكون مخصوصاً به وان لا يعمل لغيره ، صارت منافع الاجير مستحقة للمستأجر فقط في ذلك الوقت ، او حتى يبلغ ذلك المحل ، فيمتنع ان يستحق غيره شيئاً منها . ولهذا لو عمل لغير المستأجر يسقط من اجرته بقدر ما عمل ، كما في الدر المختار . والحاصل ان الاجير المشترك من لا يجب عليه ان يختص بواحد ، عمل لغيره او لم يعمل ، ولا يشترط ان يكون عاملاً لغير واحد ، بل اذا عمل لواحد ايضاً فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ن يعمل لغيره (كذا في التبيين للزيلعي) ثم قال: والاوجه ان يقال : الاجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محله ، والاجير الخاص من يكون العقد وارداً على منافعه ، ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة اه وتمامه فيه ، فليراجع .

وفي الهندية عن الذخيرة : والاجارة على العمل اذا كان معلوماً صحيحة بدون بيان المدة ، والاجارة على المدة لا تصح الا ببيان نوع العمل . واذا جمع بين العمل وبين المدة وذكر العمل اولاً نحو ان يستأجر راعياً مثلاً ليرعى له غنماً مسماة بدرهم شهراً ، يعتبر هو اجيراً مشتركاً ، الا اذا صرح في آخر كلامه بما هو حكم اجير الوحد ، اي الخاص ، بأن قال على ان لا ترعى غنم غيري مع غنمي . واذا ذكر المدة اولاً نحو ان يستأجر راعياً شهراً ليرعى له غنما مسماة بدرهم ، يعتبر هو اجير وحد ، اي خاص ، بأول الكلام الا اذا نص في آخر كلامه بما هو حكم الاجير المشترك ، ويقول وترعى غنم غيري مع غنمي اهـ وكذا الحكم فيمن هو

المادة ٤٢٣ = ﴿ كما جاز ان يكون مستأجر الاجير الخاص شخصاً واحداً كذلك يجوز ان يكون الاشخاص المتعددة الذين هم في حكم شخص واحد مستأجري اجير خاص بناء عليه لو استأجر اهل قرية راعياً على ان يكون مخصوصاً بهم بعقد واحد يكون الراعي اجيراً خاصاً . ولكن لو جوّزوا ان يرعى دواب غيرهم كان حينئذ ذلك الراعي اجيراً مشتركاً ﴾

غير ان الاجير الخاص اذا كان اجيراً لأكثر من واحد له حكم الاجير المشترك في مسئلة ذكرها في جامع الفصولين ، فقال : لو ساق البقر فتناطحت فقتل بعضها بعضاً في سوقه او استعجلها في السوق فنفرت بقرة منها فانكسرت ، او ساقها في الماء لتشرب ففرقت ، ضمن مشتركاً لا خاصاً حينئذ . وكذا يضمن لو كان البقر لقوم شتى وهو اجير وحدهم ، ضمن ما تلف من سياقه اذ ساق دابة وطئت ، والسائق يضمن . لو حدثت هذه العوارض من سوقه ضمن لو مشتركاً على كل حال ، اذ هذه جناية من يده . ولو خاصاً ، فلو كانت الاغنام لواحد لم يضمن ، ولو كان لاثنين او ثلاثة ، ضمن . وصورته ان يستأجر رجلان او ثلاثة راعياً شهراً ليرعى غنمهم . وقد فرّق في الاجير الخاص بين ان يكون لواحد وبين ان يكون لغير واحد يحفظ هذا جداً اه (من الفصل الثالث والثلاثين) ووجه الفرق دقيق ، ذكره الرملي في حاشيته عليه ، فليراجع .

وذكر في جامع الفصولين ايضاً ان الحارس لو استؤجر لحفظ خان او حوانيت ، اجيرٌ خاص ايضاً ، على الصحيح المفتى به . الا ترى انه لو اراد ان يشغل نفسه في صنع آخر لم يكن له ذلك اه .

المادة ٤٢٤ — ﴿ الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا بالعمل ﴾

لأن المعقود عليه في الاجير المشترك هو العمل او اثره ، فلا يستحق الاجرة الا اذا عمل ، لأن الاجارة عقد معاوضة ، فيقتضي المساواة بينهما . ثم اذا عمل البعض ولم يفرغ من جميع العمل ، كما اذا خاط بعض الثوب ، ان لم يسلم الثوب للمستأجر لا يستحق شيئاً من الاجرة اتفاقاً ، وان سلم حقيقة بأن دفعه اليه اوحكماً بأن خاط بعضه في منزل المستأجر ، جزم في الهداية والتجريد بأنه لا يستحق شيئاً منها ايضاً ، لان العمل في البعض غير منتفع به . والذي عليه الاكثرون كما هو في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي انه يجب الاجر بحسابه ، لكن بشرط التسليم للمستاجر حقيقة او حكماً ، لان كل جزء من العمل يصير مسلماً لصاحب الثوب بالفراغ منه ، فيصير كل جزء من الثوب بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة فقد فرغ من عمله فيستوجب اجرة ، كما في كل ثوب (اه ملخصاً من البحر والزيلعي ورد المحتار ، والتعليل من النهاية)

ثم اذا فرغ من جميع العمل هل يستحق الاجرة بمجرد فراغه منه ام لا بد من التسليم ان لم يكن لعمله اثر ، كعمل الحمال والملاح ، فكما فرغ وجب الأجر بلا تردد . وان كان له اثر كالخياطة والصباغة ، فلم يذكروه صريحاً . قال السايحاني : وفيه اشكال ، لأن قول صاحب التنوير كغيره « وللموجر طلب الأجر للخياطة اذا فرغ وسلمه » مفهومه انه انما يستحق المطالبة بعد التسليم . ثم قوله كغيره « ومن كان لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار حبسها لاخذ الأجر » صريح بخلافه ، لأنه اذا حبس فلا تسليم . ثم قال : ويمكن دفع الاشكال بأن قولهم اولا « له الطلب اذا فرغ وسلم » مفهومه معطل بمنطوق قولهم بعد ذلك : « ومن كان لعمله اثر في العين الخ » اه قال في رد المحتار بعد نقله : لكن يرد عليه انه حينئذ لا فائدة لذكر التسليم فيما ذكروه اولاً ، وقد قالوا لا يجب الأجر

الا بالتسليم ، فلو هلك في يده سقط لأنه لم يسلم المعقود عليه ، وهو اثر العمل ، بخلاف ما لا اثر له فإن الأجر يجب كما فرغ . ولا يمكن حمله على الحبس بعد التسليم بمعنى ان له الاسترداد ، لقوله الآتي « فان حبس فضاع فلا اجر » مع ان بالتسليم وجب الأجر . على انه بعد التسليم الحكمي كعمله في بيت المستأجر ليس له الحبس ، كما سيذكر ، فكيف بعد الحقيقي . والظاهر ان فائدته ، اي فائدة الحبس ، عدم الضمان فقط ، اذ لو لم يكن له الحبس لضمن بالضياع بعده ، فليتأمل اه يعني فلا يستفاد من ثبوت حق الحبس استحقاق الاجرة وثبوت حق طلبها .

اقول : ويظهر لي ان ما قاله السايحاني هو المنصور . وفايدة ذكر التسليم في قولهم « له طلب الاجرة اذا فرغ وسلم » تقرير الاجرة بحيث لا تسقط اذا هلك المستأجر فيه ، بدليل ان صاحب الدر قد فرع عليه بقوله « فهلاكه قبل تسليمه يسقط الاجر » ولو لم يكن مفهوم التسليم معطلاً بالنسبة الى ثبوت طلب الاجرة ، لكان حق التفريع ان يقول « فليس له طلب الاجرة قبل ان يفرغ من العمل او فرغ ولم يسلم » وايضاً لا يعقل ان يكون له حق حبس المستأجر فيه لقبض شيء لم يستحقه بعد وليس له حق طلبه .

والحاصل ان استحقاق الاجرة وحق طلبها من المستأجر شيء ، وتقررها في ذمة المستأجر بحيث لا يسقط بهلاك المستأجر فيه ، شيء آخر ، فاستحقاق الاجرة وحق طلبها من المستأجر يثبت للاجير بمجرد الفراغ من العمل ، كما هو صريح قولهم انه يثبت للاجير حق حبس المستأجر فيه . وتقررها بحيث لا تسقط بهلاك المستأجر فيه ، لا يثبت الا بالتسليم وعليه يحمل قولهم «لا يجب الاجر الا بالتسليم» يعني لا يتقرر الاجر الا بالتسليم وهذا نظير البيع ، فإن الاجارة بيع المنافع كما تقدم . وقد قالوا فيه انه بمجرد عقد البيع واحضار المبيع يستحق البايع قبض الثمن وله المطالبة به وحق حبس المبيع لاجل قبضه ، لكن لا يتقرر الثمن الا بتسليم المبيع ، حتى لو هلك المبيع قبل التسليم ، يسقط الثمن . ويشهد لما قلنا اطلاق هذه المادة كغيرها من متون المذهب كالهداية والتنوير والدرر والملتقى وغيرها ، استحقاق الاجرة بالعمل ، ولم يقل احد منهم به وبالتسليم .

بقي ان يقال ما الفرق بينما اذا عمل الاجير بعض العمل ، حيث تقدم انــه يشترط لاستحقاق اجرة ما عمله ، على ما عليه الاكثر ، التسليم حقيقة اوحكماً ، وبينما اذا فرغ من جميع العمل حيث لا يشترط لاستحقاق الاجرة التسليم . ويمكن ان يشام برق الفرق من خلال ماذكرناه آنفا من تعليل تلك المسئلة بقولنا نقلاً عن النهاية « لان كل جزء من العمل الخ » فتأمله متدبراً . وبما ذكرنا من التوفيق يرتفع التناقض واللوم عن عبارات القوم .

وهذا كله اذالم يشترط تعجيل كل الاجرة او تأجيلها لوقت معين ، والا فكما شرطا ، كما في عامة المعتبرات وسيأتي في الفصل الثاني من الباب الثالث . وسيأتي ايضاً في شرح المادة (٤٨٢) بيان العمل الذي له اثر والعمل الذي ليس له اثر .

ثم بعد كتابتي لهذا المحل رأيت في اواخر باب الاجر متى يستحق ، من الفتح ، ما نصه : لا شك ان استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ، ولهذا لو حبس الخياط او الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل ، وقال لا اعطيك حتى تعطيني الاجر ، فله ذلك عند ائمتنا الثلاثة . كما ان للبايع ان يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات ، وسيأتي في الكتاب . الا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر . كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البايع اياه الى المشتري ، سقط الثمن ، فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقريره بتسليم المتاع الى صاحبه ، كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاؤه وتقريره بتسليم المبيع الى المشترى . والكلام هاهنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ، ولهذا قال في الكتاب : وليس للقصار والخياط ان يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ، ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه اه وهذا نص صريح فيما قلته نفقها ولله الحمد ، فاغتنم هذا التحرير ، فإنه من فتح القدير . وقد انضح لك خطأ الشارح سليم باز هنا حيث قال في شرح هذه المادة « واذا كان لعمله ، اي الاجير المشترك ، اثر كالخياط ونحــوه فلا يستحق الاجرة ولو فرغ من العمل حتى يسلم المعقود عليه الى المستأجر حقيقة اوحكماً اه » فإنه مخالف للمادة موافقاً للمنقول عن الفتح ، كما سمعت . والعجب من هذا الشارح بأنه عزى ما

ذكره الى رد المحتار كأنه نص صريح مذكور فيه ، مع انه استظهار من مؤلفه غير منقول كما علمت . ولهذا امر بالتأمل فيه . وله مثل ذلك كثيراً في شرحه ، فليتنبه له . ولا ينبغي ان يركن الى ما ينقله عن كتب المذهب ، بل يجب مراجعة الأصل المنقول عنه لأنه كثيراً ما يتصرف بعبارات الكتب المنقول عنها تصرفاً مخلاً .

المادة ٤٢٥ — ❋ الاجير الخاص يستحق الاجرة اذ كان في مدة الاجارة حاضراً للعمل ولا يشترط عمله بالفعل . لكن ليس له ان يمتنع عن العمل واذا امتنع لا يستحق الاجرة ❋

ولو كان الامتناع حكماً . قال في الدر المنتقى : فلو امتنع ولو حكماً ، كمطر ومرض ، فلا اجر اه وفي شرح الملتقى للداماذ ، عن الذخيرة : ولو استأجره يوماً ليعمل في الصحراء فمطرت السماء بعدما خرج الاجير الى الصحراء ، لا اجر له ، لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد ، لمكان العذر ، وبه كان يفتي المرغيناني كما في الشمني .

وفي التنوير وشرحه الدر : وان هلك في المدة نصف الغنم او اكثر من نصفه ، فله الاجرة كاملة ما دام يرعى منها شيئاً ، لما مر ان المعقود عليه تسليم نفسه (جوهرة) وظاهر التعليل بقاء الاجرة لو هلك كلها ، وبه صرح في العمادية اه قال في حاشية رد المحتار : قوله « وظاهر التعليل الخ » اي فقوله في الجوهرة « ما دام يرعى منها شيئاً » لا مفهوم له . ورأيت بخط بعض الفضلاء ان مراد الجوهرة تحقيق تسليم نفسه بذلك ، لا شرط استحقاق الاجر ، كما فهم المصنف والمتون ، والتعليل يفيده اه وهو حسن اه .

وعبارة الفصول العمادية من الفصل الثاني والثلاثين هكذا ثم الراعي اذا كان اجير وحد فمات من الاغنام واحدة حتى لا يضمن ، لا ينقص من الاجر

بحسابها ، لان الغنم لو ماتت كلها لا ينقص من الاجر شيء اه اقول : ويظهر لي ان مفهوم عبارة الجوهرة غير معطل ، والتعليل بان المعقود عليه تسليم نفسه لا ينافيه ، لانه بموت الغنم كلها لم يوجد تسليم النفس في ذلك العمل ، لمكان العذر كما تقدم نقله عن الذخيرة ، بل عذر فقد محل العمل اقوى من عذر المطر او المطر ، ولما تقدم ايضاً عن الدر المنتقى من ان عذر المطر والمرض يعد امتناعاً عن العمل حكماً ، وهنا اولى بذلك .

ثم ان قول بعض الفضلاء ان مراد الجوهرة تحقيق تسليم نفسه بذلك ، يشير الى ما قلنا يعني ان بموت كل الغنم لا يتحقق تسليم نفسه في ذلك العمل ، لفقد محله . واما ما ذكره في العمادية ، فالظاهر ان المراد من الاجر في قوله « لو ماتت كلها لا ينقص من الاجر شيء » اجر المدة التي هلك فيها الغنم ، حتى بقيت واحدة ، لا انه يجب ذلك مع اجرة ما بقي من المدة بعد هلاك الكل ، فان تسليم النفس لم يتحقق حيث هلك محل العمل - الا ترى انه لو استأجره شهراً ليعمل له في ارضه فعمل عشرين يوماً ثم مرض وامطرت السما العشرة الباقية من الشهر فانه يلزمه اجرة العشرين يوماً بحسابها ، ولا يلزمه شيء من اجرة العشرة الباقية ، لعدم تسليم النفس فيها ، لمكان العذر ، كما تقدم التصريح به ؟ وسيأتي في المادة(٥٨) ما هو صريح فيه ايضاً ، فليراجع . وبهذه تعلم ان قول المتون « ويجب الاجر بتسليم نفسه وان لم يعمل » لا ينافي ما في الجوهرة ، اذ بهلاك الكل لم يوجد تسليم النفس . وقد ذكر في شرح الملتقى للداماد ان وجوب الاجرة عند عدم العمل مقيد اجماعاً بما اذا تمكن الاجير من العمل ، ومعلوم ان بهلاك الكل لم يتمكن من العمل ، وبهذا ايضاً يحصل التوفيق بين عبارتي الجوهرة والعمادية ، والله الموفق ، فليتدبر ذلك .

❊ فرع ❊

اراد رب الغنم ان يزيد فيها ما يطيق الراعي ، له ذلك لو خاصاً ، لانه في حق الرعي بمنزلة العبد . وله ان يكلف عبده من الرعي ما يطيق (رد المحتار عن التتارخانية) .

﴿ فرع آخر ﴾

رجلٌ استأجر عبداً من رجل كل شهر بدرهم مثلاً فمرض العبد ولم يقدر على مثل ما كان يعمل ، الا انه قد يعمل عملاً دون العمل الذي كان يعمل في الصحة ، فله ان ينقض الاجارة . وان لم ينقضها حتى مضى الشهر ، لزمه الاجر . وان مرض مرضاً لا يقدر على شيء من العمل ، فلا اجر عليه (كذا في الهندية عن الذخيرة) .

المادة ٤٢٦ — ﴿ من استحق منفعةً معينةً بعقد الاجارة له ان يستوفي عينها او مثلها او ما دونها ولكن ليس له ان يستوفي ما فوقها . مثلا لو استأجر الحداد حانوتاً على ان يعمل فيه صنعة الحدادة كان له ان يعمل فيه صنعة مساوية في المضرة لصنعة الحداد . ولكن ليس لمن استأجر حانوتاً للعطارة ان يعمل فيه صنعة الحدادة ﴾

ومنه تحميل وزن البر قطناً لا شعيراً في الاصح (در مختار) يعني لو عيّن قدراً من الحنطة لحمل مثل وزنه شعيراً ، جاز ، فلا يضمن لو عطبت استحساناً ، وهو الاصح ، لأن ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزناً اخف من ضرر الحنطة ، لأنه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما تأخذه الحنطة فيكون اخف عليها بالانبساط ، بخلاف ما اذا حمل مثل وزن الحنطة قطناً لأنه يأخذ من ظهرها اكثر من الحنطة ، وفيه حرارة ، فكان اضر عليها من الحنطة ، فصار كما اذا حمل عليها تبناً او حطباً . وكذا لو حمل مثل وزنها حديداً او ملحاً ، لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها . فحاصله متى كان ضرر احدهما فوق ضرر الآخر من وجه ، لا يجوز وان كان اخف ضرراً من وجه آخر . كذا افاده الزيلعي

(رد المحتار)

ودخل في قوله « من استحق منفعةً معينة » زراعة الارض ، اذا عين نوعاً للزراعة له ان يزرع مثله او اخف ، لا اضر ، كما في البحر . ودخل في قوله « او مثلها » ما لو حمل كر بر لغيره بدل كر بره ، كما في البحر .

واما ما يترتب على المخالفة من الضمان ، فسيأتي بيانه مفصلاً في المادة (٥٤٥) وما بعدها ، الى المادة (٥٥٧) ومجملاً في الفصل الثاني من الباب الثامن .

المادة ٤٢٧ = ❊ كل ما يختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد . مثلا لو استكرى احد لركوبه دابة ليس له ان يركبها غيره ❊

وكذا لو استأجر ثوباً للبس وقدراً للطبخ وارضاً للزراعة ، وقد عين اللابس وما يطبخ في القدر وما يزرع في الارض ، فليس له ان يخالف فلو خالف . فعطبت الدابة مثلا ، ضمن قيمتها . لان الناس يتفاوتون في العلم بالركوب واللبس ، فرب خفيف يكون ركوبه اضر على الدابة لجهله ، ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه (ط . عن الاتقاني)

ومتى خالف المستأجر فلا اجر عليه سواء هلكت الدابة وما اشبهها او سلمت . اما اذا عطبت فلأن الضمان مع الأجر ممتنع ، واما اذا سلمت فلأنه بالمخالفة صار غاصباً ، ومنافع الغصب غير مضمونة ، الا فيما استثنى . وهذا بخلاف حانوت اقعد فيه حداداً ، مثلا ، حيث يجب الاجر اذا سلم ، لانه لما سلم علم انه لم يخالف وانه مما لا يوهن بالفعل ، وان كان مما من شأنه ان يوهن (كذا في الدرر حواشيه)

وقوله « الا فيما استثنى » اي وهو مال الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال . فاستفيد انه لو كانت الدابة مثلا معدة للاستغلال ، كدابة المكاري ، يلزم المستأجر اجرتها لو سلمت لا لو عطبت ، لما علمت من امتناع الاجر مع الضمان .

وهذا كله اذا قيده . فإن لم يقيد ، فاما ان يعمم بأن يقول على ان تركبها وتركب من شئت او تلبسه وتلبس من شئت ، فتصح الاجارة . وله ان يركب بنفسه وان يركبها من شاء ، لكن يتعين اول راكب واول لابس فليس له ان يركب آخر معه . وان لم يعمم بأن اطلق وقال للركوب واللبس ولم يزد ، تفسد الاجارة . وكذا لو استأجرها للحمل ولم يذكر ما يحمل ، كما في البزازية . والفرق انه في التعميم رضي المالك بالقدر الذي يحصل في ضمن الركوب ، فصار المعقود عليه معلوماً . وفي الاطلاق صار الركوبان مثلا من شخصين كالجنسين ، فيكون المعقود عليه مجهولا فيفسد العقد . لكن ينقلب العقد صحيحاً بركوبها سواء ركبها او اركبها . ويجب المسمى استحساناً لزوال الجهالة بجعل التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء . ولا ضمان بالهلاك لعدم المخالفة (زيلعي ملخصاً) وسيأتي التصريح بجميع ذلك في المواد (٥٥١) ومابعدها .

المادة ٤٢٨ = ﴿ كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو . مثلا لو استأجر احد داراً على ان يسكنها له ان يسكن غيره فيها ﴾

اي معه او منفرداً ، لان كثرة السكان لا تضر بها ، بل تزيد في عمارتها ، لان خراب المسكن بترك السكن (رد المحتار عن الزيلعي) هذا اذا كان التقييد غير مفيد . اما لو كان فيه فائدة للموجر مثلا ، فإن العقد يفسد ، لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين . قال (ط) وافاد في الهندية انه اذا شرط ان لا يسكن غيره معه ، ان لم يكن في الدار بئر بالوعة ولا بئر وضوء فلا منفعة للموجر بهذا الشرط . لان ما يجمع على ظاهر الدار باخراجه على المستأجر وكثرة السكان لا توهن البناء فلا يفسدها هذا الشرط ، اي بل يكون

لغواً . واذا كان في الدار ما ذكر كان في هذا الشرط نوع منفعة ، وانه شرط لا يقتضيه العقد فأوجب فسادها . واذا فسدت وسكن فيها المستأجر فعليه اجر المثل بالغًا ما بلغ اه مع بعض توضيح من الهندية . لكن قوله « بالغًا ما بلغ » فيه نظر لما ذكره في الهندية ايضًا بعد هذا ، ان العقد اذا فسد مع كون المسمى معلومًا لمعنى آخر ، يجب اجر المثل ولا يزاد على المسمى . حتى ان المسمى اذا كان خمسة واجر المثل عشرة يجب خمسة لا غير اه فليتأمل .

وتمثيل هذه المادة بالدار لاخراج نحو الفسطاط ، وهو المسمى في عرفنا بالخيمة . فإنها تتفاوت بتفاوت الناس في نصبها واختيار محلها وضرب اوتادها . وهذا عندهما . وجعله محمد كسكنى الدار (افاده الحموي) وعلى قولهما جرت المتون .

وفي البزازيه : واوتاد الفسطاط على المستأجر ، والاطناب على المؤجر (ط)

وفي رد المحتار عن التتارخانية : استأجر قبة لنصبها في بيته شهراً بخمسة دراهم ، جاز وان لم يسم مكان النصب . ولو نصبها في الشمس او المطر وكان فيه ضرر عليها ، ضمن ولا اجر . وان سلمت ، عليه الاجر استحسانا . وان نصبها في دار اخرى في ذلك المصر ، لا يضمن ، وان اخرجها الى السواد ، لا اجر ، سلمت او هلكت . ولو استأجر فسطاطًا يخرج به الى مكة ، له ان يستظل بنفسه وبغيره ، لعدم التفاوت ولو انقطع اطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه ، لا اجر . وان اختلفا في مقدار الانتفاع ، فالقول للمستأجر . وان في اصله ، حكم الحال ، كمسئلة الطاحون . وتمامه فيها اه .

وقوله « لا اجر سلمت او هلكت » اي الا اذا كانت مال يتيم او معدة للاستغلال ، يعني للاجارة ، فعليه الأجر حينئذ ان سلمت ، لانها وان كانت مغصوبة حينئذ لكن منافع مالهما مضمون بالغصب ، كما تقدم التصريح به آنفًا .

المادة ٤٢٩ = ❊ للمالك ان يؤجر حصته الشائعة من الدار المشتركة لشريكه سواء كانت قابلة للقسمة او لم تكن وليس له ان يؤجرها لغيره . ولكن بعد المهاياة له ان يؤجر نوبته للغير ❊

وكذا يصح لو آجره الشريك بعض حصته الشائعة ، كما في الدر . قال في الخلاصة : واجمعوا انه لو اجر من شريكه يجوز سواء كان مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتمل ، وسواء آجر كل نصيبه او بعضه اه .

وقوله « ليس له ان يؤجرها لغيره » ذكر في الفصل الثلاثين من العمادية اختلاف المشايخ في هذه المسئلة على قول ابي حنيفة ، فحكى ابو طاهر الدباس عنه ان يجوز ، وحكى غيره انه لا يجوز ، واليه مال شمس الائمة السرخسي والشيخ الامام الاجل برهان الدين . واتفقت الرواية عن ابي حنيفة فيما اذا آجر نصيباً من داره او آجر من احد شريكيه انه لا يجوز . وانما فسدت الاجارة بالشيوع لأن المقصود منها الانتفاع ، وهو امر حسي لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه فلا يجوز — بخلاف البيع لأن المقصود به الملك ، وهو امر حكمي يمكن في المشاع ، فيجوز .

وانما صحت اجارة المشاع من الشريك لأن كل المنفعة حينئذ تحدث على ملكه فالبعض بحكم الملك الحقيقي ، والبعض بحكم الاجارة ، فلا يظهر معنى الشيوع . وانما يظهر الاختلاف في حق السبب ، يعني سبب ملك المنفعة ، ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم ، فاذا لم يظهر الشيوع صح العقد (افاده في الدرر) اقول: وهذا التعليل لا يظهر فيما اذا آجر من شريكه بعض حصته ، لأنه لم يملك كل المنفعة ، مع ان الاجارة جائزة كما سمعت ، فتأمل وانظر ما الفرق بين هذه وبين ما اذا آجر من احد شريكيه ، حيث لا يجوز .

ثم هذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى كما في الخانية ،

وبه جزم اصحاب المتون والشروح ، فكان هو المذهب (منح)وقال الصاحبان تجوز اجارة المشاع سواء كان من شريكه او لا ، فيما يحتمل القسمة او لا ، لكن بشرط بيان نصيبه . وان لم يبين ، لا يجوز في الصحيح (رد المحتار عن الزيلعي) وخرجوا على قول الامام انه لو آجر مشاعاً يحتمل القسمة فقسم وسلم ولو بعد مجلس العقد ، جاز ، لزوال المانع . نعم لو ابطلها حاكم شرعي ثم قسم وسلم ، لم يجز (افاده في الدر) قال في رد المحتار عن الرحمتي : ينبغي ان تجوز اجارة بالتعاطي ، اذ لا مانع منه بعد فسخ الاولى اه وانظر ما اذا اراد المؤجر القسمة والتسليم وابى المستأجر الا فسخ الاجارة ، فهل يجبر على التسلم الظاهر نعم ، حيث لم يقيد في الدر الجواز برضى المستأجر ، ولأن المانع كان عدم امكان التسليم ، وبالقسمة يحصل الامكان ، فتأمل وراجع . وانما صحت اجارته العين المشتركة حال وجودها في نوبته بعد المهاياة مع الشريك ، لأن الاجارة وقعت على كل العين ، فلا شيوع يمنع من صحة الاجارة ، وهو ظاهر .

ثم متى فسدت الاجارة للشيوع وجب على المستأجر اجر المثل ، كما في الدر وشرح الملتقى لكن باستيفاء المنفعة ، وذلك بأن يؤجر حصته من غير الشريك ، ثم المستأجر والشريك يتهايآن منفعة المأجور ، فيجب عليه حينئذ اجرة المثل لكن لا تزيد على المسمى ، كما في الدرر .

المادة ٤٣٠ = ﴿ الشيوع الطارىء لا يفسد عقد الاجارة . مثلا لو آجر احد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الاجارة في نصفها الآخر الشائع ﴾

وكذا لو آجرا لواحد ثم مات احدهما او استأجر من واحد ثم مات احد المستأجرين ، فإن الاجارة وان فسدت في حصة الميت ، لكن تبقى صحيحة في حصة الحي . وكذا لو آجر جميع داره ثم فسخ في البعض . وهذه هي الحيله في

اجارة المشاع (افاده في الدر المختار) وانما لم تفسد الاجارة بالشيوع الطاري، لأن القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ابتداء ، لا بقاء . وهذا كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ، ثم رجع في نصفها (افاده في الفتح) وقد تقدم في المادة (٥٥) انه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء .

المادة ٤٣١ = ❊ يجوز للشريكين ان يؤجرا مالهما المشترك لآخر معاً ❊

قيد بقوله « معاً » لأنهما لو آجراه على التعاقب تكون اجارة كل منهما فاسدة، لتحقق الشيوع الاصلي في كلا العقدين . واما لو اوجب الشريكان معاً فقبل المخاطب الاجارة بحصة احدهما فقط ، تكون الاجارة باطلةً لا فاسدة ، لما سيأتي في المادة (٤٤٥) من ان موافقة الايجاب للقبول شرط لانعقاد الاجارة كما هو شرط لانعقاد البيع .

وقول الشارح سليم باز هنا نقلاً عن الطحطاوي ان الاجارة المذكورة فاسدة ، لم اره في حاشية الطحطاوي على الدر ، فلينتبه لهذا . ومثله في البطلان لو اوجب واحدٌ وقبل احد المخاطبين الشريكين ولم يقبل الآخر . وقد تقدم في شرح المادة (١٧٧) ، ان الموجب اذا اتحد وتعدد المخاطب ، لم يجز التفريق بقبول احدهما ، بايعاً كان او مشترياً . واذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يجز القبول في حصة احدهما . واذا اتحدا لم يجز قبول المخاطب في البعض فلا يصح تفريق الصفقة مطلقاً اه اي وتفريقها يبطل البيع ومثل البيع الاجارة .

❊ تنبيه ❊

اجارة البناء وحده قيل لا تجوز كإجارة المشاع . والفتوى على جواز اجارته، لأن محمداً نص ان من استأجر ارضاً فبنى فيها بناء ثم آجرها من صاحبها ، استوجب من الاجر حصة البناء . فلو لا جواز اجارة البناء لما استحق الاجر وقاسه على

القسطاط ، وبه افتى مشايخنا . ولو كان البناء ملكاً والعرصة وقفاً وآجر المتولي بإذن مالك البناء ، فالاجر ينقسم على البناء والعرصة ، وجاز اجارة بنائه لمالك الارض اتفاقاً ، وكذا لغيره على المفتى به ، وتمامه في العمادية ، واقره الباقاني (كذا في الدر المنتقى)

المادة ٤٣٢ — ﴿ يجوز ايجار شيء واحد لشخصين ﴾

هكذا اطلق الجواز في الهداية والملتقى وغيرها ، وعلله في الهداية بأن التسليم يقع جملة ، ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ . اه وبمثله علل شراح الملتقى . لكن قيده في جامع الفصولين والعمادية بما اذا اجمل ، حيث قالا : ولو له كله فأجره من اثنين فإن اجمل وقال آجرت الدار منكما ، جاز بالاتفاق ولو فصل بقوله نصفها منك ونصفها منك او نحوه كثلث او ربع ، يجب ان يكون عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى على اختلاف مر فيما اذا كان كله بينهما وآجر احدهما النصف من اجنبي ينبغي ان يجوز في رواية لا في رواية اه وافتى في الخيرية والتنقيح بناء على هذا بفساد الاجارة لو فصل زاد في تنقيح الحامدية انه لو آجر منهما سوية تفسد الاجارة ايضاً لأن لفظ سوية بمنزلة التفصيل اه اقول : وفي النفس من ذلك شيء وهو ان الذي يظهر من عبارتي الفصولين والعمادية ان ما ذكراه من تقييد ما في الهداية والملتقى وغيرها بما اذا اجمل هو بحث من صاحب العمادية حيث لم يعزياه لأحد . وقد نقل كل منهما بعد ذلك عن الاسبيجابي انه لو آجر داره من رجلين جاز لان العقد وقع جملة حتى لو انفرد احدهما بالقبول لا يصح اه وانت خبير بأن تعليل الهداية بان التسليم يقع جملة ثم الشيوع الخ وكذا تعليل الاسبيجابي بقوله «لان العقد وقع جملة» يتناول صورتي الاجمال والتفصيل . اما تعليل الهداية فلانهما متى قبلا معاً امكن التسليم جملة بلا فرق بين الاجمال والتفصيل . واما تعليل الاسبيجابي فلان التفصيل لا يخرج العقد عن كونه وقع جملة حيث قبلا معاً . يشير الى هذا قوله حتى لو انفرد احدهما بالقبول لا يصح ، فإنه يفهم منه انه لا

يخرج العقد عن كونه وقع جملة الا اذا انفرد احدهما بالقبول .

ثم رأيت في الهندية نقلاً عن الكافي ما نصه : ولو آجره من رجلين يجوز ، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شايعاً اه فاذا فصل وصرح بما يقتضيه العقد ، كيف يكون ذلك مفسداً له ؟ — والظاهر ان مراد جمعية المجلة اطلاق جواز اجارة شيء من اثنين ، بلا فرق بين الاجمال والتفصيل يدل على ذلك تتميم هذه المادة بقولها :

﴿ وكل منهما لو اعطى من الاجرة مقدار ما ترتب على حصته لم يطالب باجرة حصة الآخر ما لم يكن كفيلاً له ﴾

فان ما ترتب على حصة كل منهما يحتمل ان يكون النصف او اقل او اكثر، ولا يعلم مقداره الا بالتفصيل ، فكيف يكون التفصيل مفسداً للعقد ؟ فتأمل وراجع ، ولا تغتر بما افتى به في الخيرية والحامدية تبعاً لبحث العمادية ، مخالفاً لاطلاق الهداية والملتقى وغيرهما . واما ما قاله الخير الرملي في فتاواه : «وانت على علم من ان اطلاق المتون قاطبةً ، فساد اجارة المشاع الا من الشريك ، مدخل للمسؤول عنه ، يعني الاجارة من اثنين او ثلاثة » فإنه مدفوع بأن اطلاق المتون انما هو في الشيوع الاصلي واما الشيوع في هذه المسئلة فهو طاريء بتفرق الملك فيما بينهما ، كما سمعت التصريح به عن الهداية ،وقد اطلقت المتون ان الشيوع الطاريء لا يفسد الاجارة .

هذا وقد ذكر في البحر ورد المحتار في بحث الايجاب والقبول اول كتاب البيوع ان الموجب اذا اتحد وتعدد المخاطب، وكذا عكسه ، سواء كان الموجب بايعا او مشتريا ،تكون الصفقة واحدة ، حتى لا يجوز تفريقها . وانما تتعدد الصفقة اذا فصل الثمن وكرر لفظ البيع في قول ابي حنيفة ، وهو استحسان — او اذا فصل الثمن وان لم يكرر لفظ البيع في قولهما ، وهو قياس .

ثم ان تفصيل الثمن انما يجعلها عقدين على القول به اذا كان الثمن منقسماً على المبيع باعتبار القيمة اما اذا كان منقسماً عليه باعتبار الاجزاء كالقفيزين من جنس واحد ،فإن التفصيل لا يجعله في حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل .

وقد علمت ان الكلام فيها في الاجارة كالكلام فيها في البيع . فإذا لم يفصل الاجرة على كل واحد من المستأجرين يكون العقد واحداً اتفاقاً ، بلا فرق بين تفصيل المنفعة التي هي بمنزلة المبيع بينهما ، وبين اجمالها . واذا فصلها ولم يكرر لفظ «آجرت» فعلى الخلاف. ولعل مراد العمادية والفصولين من التفصيل تفصيل الاجرة على كل منهما مع تكرار «آجرت» فإنه حينئذ يتكرر العقد ، فيكون الشيوع مقارناً ، فتأمل .

= الباب الثاني -

في بيان المسايل المتعلقة بالاجرة ويشتمل على اربعة فصول

❊ الفصل الاول ❊

في بيان مسايل ركن الاجارة

المادة ٤٣٣ = ❊ تنعقد الاجارة بالايجاب والقبول كالبيع ❊

اي فالكلام فيها وفي صفتها ، كالكلام فيها في البيع (رد المحتار عن البدائع)

وفيه عن تكملة الطوري عن التتارخانية : وتنعقد ايضاً بغير لفظ ، كما لو استأجر داراً سنة ، فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر فرغها لي اليوم والا فعليك كل شهر بألف ، فجعل بقدر ما ينقل متاعه باجرة المثل ، فإن سكن شهراً فهي بما قال اهـ .

المادة ٤٣٤ = ﴿ الايجاب والقبول في الاجارة هو عبارة عن الكلمات التي تستعمل لعقد الاجارة كأجرت وكريت واستاجرت وقبلت ﴾

كل من الالفاظ الثلاثة الاول يصلح ايجاباً وقبولاً ، لأن الايجاب ما يذكر اولاً من كلام احد المتعاقدين ،والقبول ما يذكر ثانياً من الآخر . واما الرابع ، وهو « قبلت » فهو للقبول فقط ، كما هو ظاهر .

وليس المراد ، الحصر بهذه الالفاظ فانها تنعقد ايضاً بأعرتك هذه الدار شهراً بكذا ، لأن العارية بعوض ، اجارة ، بخلاف العكس . يعني ان الاجارة بلا عوض لا تنعقد اعارة ، بل اجارة فاسدة ، على ما في المنح عن الخانية ، ومثله في البزازية — ويخالفه ما في البحر عن الخانية ايضاً ،وسيأتي تمامه في كتاب العارية .

وتنعقد ايضاً بلفظ الصلح كما ذكره الحلواني (افاده في الدر مع حاشية رد المحتار)

وفي الخانية : رجل ادعى شقصاً من دار فانكر المدعي عليه نصالحه على سكنى بيت معلوم من هذه الدار عشر سنين ، جاز . فلو ان المدعي آجر هذا البيت من الذي صالحه ، جاز في قول ابي يوسف رحمه الله ، لا في قول محمد رحمه الله اه .

واما بعتك منافع هذه الدار وآجرتك او وهبتك ، ففي صحة الاجارة خلاف . وقدمنا في شرح المادة (٤٢٠) عن الشرنبلالية عن البرهان ترجيح عدم الجواز ، لأن المنفعة معدومة فلا يضاف العقد اليها ، وتقدم تمامه هناك . وذكر في فتاوي قاضي خان ما يفيد التفرقة بين ما اذا وقع العقد بلفظ البيع وبين ما اذا وقع بلفظ الهبة او التمليك ، فانه قال : ولو قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهراً بكذا ،او قال ملكتك داري بكذا ، كانت الاجارة جائزة ،لأن الاجارة تمليك

المنفعة المعدومة بعوض، وبيع المعدوم باطل، فلا يجوز تمليكها بلفظ البيع او الشراء .
اما تمليك المعدوم بما سوى البيع والشراء فجائز، كالوصية ونحو ذلك فلو لم يجز تمليكها بما سوى البيع والشراء ينسد باب الاجارة اه ثم قال: ولو قال آجرتك منفعة هذه الدار شهراً بكذا ، ذكر في بعض الروايات انه لا يجوز . وانما تجوز الاجارة اذا اضيفت الى الدار ، لا الى المنفعة . وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده انه اذا اضاف الاجارة الى المنفعة ، جاز . فانه ذكر في الكتاب : اذا قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهراً بدرهم ، جاز . وانما لا يجوز اذا اضاف البيع الى منفعة الدار ، لان منفعة الدار لا تنعقد بلفظ البيع اه فليتدبر

وهذا اذا اضاف البيع ونحوه الى المنافع . واما لو اضاف البيع الى العين ، ففي الدرر : واختلف في انعقادها بلفظ البيع ، ذكر شيخ الاسلام ان فيه اختلاف المشايخ، وقال اذا قال الحر لغيره بعت نفسي منك شهراً لعمل كذا ، فهو اجارة . وعن الكرخي ان الاجارة لا تنعقد بلفظ البيع . ثم رجع وقال تنعقد (كذا في الخلاصة) اقول: وما تقدم عن الشرنبلالية عن البرهان لا يكون ترجيحاً ، لعدم الجواز في هذه المسألة ، لانها مسئلة اخرى كما علمت ، خلافاً لما يعطيه ظاهر كلام الشرنبلالية ، فتنبه .

المادة ٤٣٥ = ❋ الاجارة كالبيع ايضاً تنعقد بصيغة الماضي ولا تنعقد بصيغة المستقبل . مثلاً لو قال احد سأوجر . وقال الآخر استأجرت او قال احد آجر وقال الاخر آجرت فعلى كلتا الصورتين لا تنعقد الاجارة ❋

وكذا تنعقد بصيغة المضارع اذا اقترن بما يمحضه للحال ، كاوجرك الان او استأجر الآن واما المضارع المطلق عن ما يمحضه للاستقبال او الحال ، كاوجرك او استأجر منك ، فان نوى فيه الحال انعقدت الاجارة ، والا بأن نوى الاستقبال

او لم ينو شيئاً ، لا تنعقد . راجع المادة (١٧) وشرحها ، وكذا المواد التي بعدها وهذا وان ذكروه في البيع دون الاجارة ، الا ان ما قدمناه في شرح المادة (٤٣٣) عن رد المحتار عن البدائع من ان الكلام في الايجاب والقبول وفي صفتهما في الاجارة كالكلام فيهما في البيع ، صريح بأن الحكم في الاجارة ماذكره . ويشير الى هذا قوله في هذه المادة « كالبيع » والتمثيل بقوله « ساوجر » تدبر .

بقي انهم صرحوا في البيع بأنه لا ينعقد بالأمر ، كبعني هذا الثوب ، لتمحضه للاستقبال ، سواء نوى به الحال ام لا — الا اذا دل على الحال ، كخذه بكذا ، فقال اخذت او رضيت ، صح بطريق الاقتضاء . قال في الفتح : فإنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادته ، اعني الأمر بالأخذ ، يستدعي سابقة البيع ، فكان كالماضي اه فهل اذا قال اسكن داري شهراً بكذا فقال الآخر قبلت او رضيت تنعقد الاجارة ، كما في خذ هذا بكذا ؟ — لم اره صريحاً ، والظاهر نعم ، لأن ما تقدم عن البدائع ينتظم هذه المسئلة ، ولأن تعليل صاحب الفتح ظاهر فيها .

المادة ٤٣٦ = ﴿ كما ان الاجارة تنعقد بالمشافهة كذلك تنعقد بالمكاتبة واشارة الاخرس المعروفة ﴾

ما تقدم من ان الكلام في الايجاب والقبول في الاجارة كالكلام فيها في البيع يقضي عليك بمراجعة المادة (١٧٣) والمادة (١٧٤) وشرحها والمادة (١٨١) وشرحها .

المادة ٤٣٧ — ﴿ تنعقد الاجارة بالتعاطي ايضاً كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق المواني ودواب الكراء من دون مقاولة فإن كانت الاجرة معلومة اعطيت والا فأجرة المثل ﴾

بالغة ما بلغ ، لعدم التسمية . ومن الاجارة بالتعاطي ما قدمناه في شرح

المادة ٤٣٣ عن تكملة الطوري عن التتارخانيـة ، كما في رد المحتار .

وفيه : قال الشرنبلالي : المسئلة من الظهيرية .

استأجر من آخر قدوراً بغير اعيانها ، لا يجوز ، التفاوت بينها صغراً وكبراً .

فلو قبلها المستأجر على الكراء الاول جاز ، وتكون هذه اجارة بالتعاطي .

وتخصيصه في نظم الوهبانية بالقدور اتباعاً للنقل ، والا فهو مطرد في غيرها . ففي البزازية : غير الاجارة الطويلة ينعقد بالتعاطي ، لا الطويلة ، لأن الاجرة غير معلومة لانها تكون في سنة دانقاً او اقل او أكثر اه .

وفي التتارخانية عن التتمة : سئلت ابا يوسف رحمه الله تعالى عن الرجل يدخل السفينة او يحتجم او يفتصد او يدخل الحمام او يشرب الماء من السقاء ثم يدفع الاجرة وثمن الماء ، قال يجوز استحساناً ، ولا يحتاج الى العقد قبل ذلك اه .

وفي حاوي الزاهدي ، رامزاً : استأجر من القيم داراً وسكن فيها ثم بقي ساكناً في السنة الثانية بغير عقد واخذ القيم شيئاً من الاجرة ، فإنه ينعقد به في كل السنة ، لا في حصة ما اخذ فقط اه ومثله في القنية اه . اقول : وقد افادت هذه المادة ان المراد من انعقادها بالتعاطي اعم من ان تنعقد صحيحة كما اذا كانت الاجرة معلومة ، او فاسدة كما اذا لم تكن كذلك ، ولهذا وجب اجرة المثل في صورة الفساد . لكن ينافيه ما تقدم عن البزازية ، فإنه يفيد انها لا تنعقد بالتعاطي اذا كانت الاجرة غير معلومة . وقد صرح بذلك في المنح حيث قال ، بعد ان نقل مثل ما في البزازية عن الخلاصة : ومفاده ان الاجرة اذا كانت معلومة في الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطي ، لأنه جعل العلة في عدم انعقادها كون الاجرة فيها غير معلومة اه

ولا يخفى ان الاجارة اذا لم تنعقد تكون باطلة فلا يلزم المستأجر شيء باستيفاء المنفعة ، لأنه غاصب كما سيأتي . فاما ان يقال ان المراد من عدم الانعقاد في عبارتي البزازية والخلاصة ، عدم الصحة ، فلا ينافي انها تنعقد فاسدة فيجب اجر المثل ، كما هو صريح هذه المادة ، واما ان يقال ان الاجارة وان كانت باطلة على ما في البزازية والخلاصة ، لكن وجوب اجرة المثل في مسايل هذه المادة لكون المأجور معداً للاستغلال فتجب فيه الاجرة وان كانت الاجارة باطلة كما قدمنا ، ويؤيد الثاني ما ذكروه في البيع بالتعاطي بأن حقيقته قبض بعد معرفة الثمن ،

فلا توجد الحقيقة بالقبض بدون معرفة الثمن ، والاجارة كالبيع ، فتأمل وانظر كيف تصوير الاجارة بالتعاطي فيما اذا كانت الاجارة طويله ، وكيف تكون الاجرة فيه غير معلومة ، فلا تصح على ما في الخلاصة والبزازية ، او معلومة ، فتصح على ما في المنح ، فإنه لم يظهر لي الآن ·

المادة ٤٣٨ — ❁ السكوت في الاجارة يعد قبولا ورضى · مثلا لو استاجر رجل حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً وبعد ان سكن مدة شهر اتى الآجر في راس الشهر وقال ان رضيت بستين قرشاً فاسكن والا فاخرج ورده المستاجر وقال لم ارض واستمر ساكناً يلزمه خمسون قرشاً كما في السابق · وان لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً يلزمه اعطاء ستين قرشاً · كذلك لو قال صاحب الحانوت مائة قرش وقال المستاجر ثمانين وابقى المالك المستاجر وبقي هو ساكناً ايضاً يلزمه ثمانون ❁

الحاصل ان الكلام الصريح من احد المتعاقدين سواء وقع مبتدءاً به او ردا لكلام الآخر ، وسواء كان المتكلم به موجراً اومستأجراً ، يعد ايجاباً ، وسكوت الآخر بعده يعد قبولاً ورضاء ، لما تقرر ان السكوت في الاجارة يكون قبولاً ورضى ، كما في الاشباه وغيرها · ويشير الى هذه المادة (٦٧)

ثم ان الحانوت مثال ، ومثله مستأجر الثور مثلاً للطحن ، وكذا الراعى اذا قال كل منهما لا ارضى بالمسمى بل بكذا ، وسكت الآخر ، كما في الدر وغيره ·

اعلم انه ذكر في الدر وحواشيه من باب الاجارة الفاسدة انه لو آجر حانوتاً كل شهر بكذا صح في واحد فقط ، وفسد في الباقي لجهالة الشهور · واذا مضى الشهر الأول فلكل فسخها بشرط حضور الآخر ، لانتهاء العقد الصحيح · وبقى كل

شهر سكن في اوله وهو الليلة الاولى ويومها عرفاً ، وبه يفتى ، صح العقد فيه ايضاً وليس للموجر اخراجه حتى ينقضي ذلك الشهر الذي سكن في اوله . وكذا لو عجل اجرة شهرين فأكثر فلا يكون لأحدهما الفسخ في قدر المعجل اجرته ، لأن بالتعجيل زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد . الا ان يسمي جملة شهور معلومة ، كما اذا قال آجرتك ستة اشهر كل شهر بكذا ، فيصح في الكل ، لزوال المانع — اه ملخصاً وسيأتي في المادة (٤٩٤)

وذكر ايضاً في ما يلي شتى الاجارة انه لو قال لغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر بكذا ، فلم يفرغ ، وجب على الغاصب المسمى لأن سكوته رضى — الا اذا انكر الغاصب ملكه فإنه لا يلزمه المسمى وان اثبته بعد ذلك بالبينة ، لأنه اذا انكره لم يكن راضياً بالاجارة .

وهل يجب اجر المثل ان كان مال وقف او يتيم ؟ نعم ، والا فلا وان كان معداً للاستغلال ، لأنه اذا انكر الملك لا يكون غاصباً ظاهراً ، فلا يلزمه اجرة ، لانه لو سكن المعد للاستغلال بتأويل ملك لا يلزمه اجر . واما اذا اقر بالملك للمغصوب منه ولكن صرح بعدم الرضى بمقدار الاجرة وطلب ان تكون اقل ، فإنه لا يلزمه المسمى لعدم رضاه به ، ولكن يلزمه اجر المثل لانه سكن بنية الاجارة . اه ملخصاً . وهذا بخلاف ما اذا صرح بعدم الرضى بالاجر بأن قال لا اريد السكنى بالاجارة ، فإنه لا يلزمه شيء لانه صرح بعدم الرضى بالاجارة (افاده في مجمع الانهر) اي الا اذا كان مال وقف او يتيم .

اذا علمت هذا تعلم ان معنى قوله في هذه المادة « في الشهر بخمسين غرشاً » انه آجره كل شهر بخمسين . واحترز به عن ما آجره شهراً واحداً بخمسين قرشاً ، والمسئلة الاولى بحالها ، فإنه يلزم المستأجر حينئذ اجرة المثل ، لا الخمسون قرشاً ، لانها غير مسماة في هذا الشهر ، لانه غير معقود عليه اصلاً .

وقوله « في رأس الشهر » ، وهو يوم وليلة من اوله على ما هو ظاهر الرواية وعليه الفتوى ، احترز به عن ما اذا قال للمستأجر ما ذكر في اثناء الشهر ، فإنه لا يعتبر لانه بمضي اليوم والليلة صحت الاجارة في كل الشهر ، فلا يملك الموجر فسخها ، فيلغو قوله « وقيل » بل يتوقف الى رأس الشهر بعده ، كما اذا قال فسخت راس

الشهر (افاده في الدر المنتقى) اي يكون فسخاً مضافاً كما اذا كان عجل له اجرة شهرين او اكثر .

ثم ان الاجارة كل شهر مثال ، ومثله ان يؤجره كل يوم او اسبوع او سنة ، كما في رد المحتار عن الرملي . لكن لينظر ، هل يعتبر اول السنة والاسبوع اول يوم وليلته كما في الشهر . واما اول اليوم فلا شك انه يعتبر انه اول ساعة منه ، كما جرى عليه القدوري والكنز في الجميع ، وهو القياس ، فليتأمل .

✻ تنبيه ✻

ادعى المؤجر على المستأجر ، او لعكس ، انني قلت لك ما ذكرمسكت ، فأنكر ، فلما اثبت عليه ذلك بالبينة قال لم اسمع كلامك ، هو يصدق ؟ ان له صمم ، نعم ، والا ، لا ، عملاً بالظاهر (افاده في الدر وحواشيه)

✻ فرع ✻

في البيارخانية : اكترى داراً سنةً بألف فلما انقضت قال ان فرغتها اليوم والا فهي عليك كل شهر بالف ، والمستأجر مقر له بالدار ، فانا نجعل في قدر ما ينقل متاعه بأجر المثل ، وبعد ذلك بما قال المالك (كذا في رد المحتار)

✻ كذلك لو قال صاحب الحانوت مابة قرش وقال المستأجر ثمانين قرشاً وابقى المالك المستاجر وبقي هو ساكناً ايضاً يلزمه ثمانون ولو اصر الطرفان على كلامهما واستمر المستأجر ساكناً تلزمه اجرة المثل ✻

لكن لا تزيد على المابة ، لرضاء المؤجر بها ، ولا تنقص عن الثمانين لرضاء المستأجر بها . وهكذا الحكم في كل اجارة فاسدة اذا سمي فيها الاجر ، كما سيأتي .

ولا فرق بين ان يكون المأجور معداً للاستغلال او لا ، لانه لما ذكرت الاجرة من الطرفين تبين انه انما سكنها بنية الاجارة . وانما لم تصح الاجارة لأنها في الشهر الذي قبل ما قبل منها فياوله قد انفسخت ، لأن مطالبته بالخروج والتفريغ دليل عدم رضاه بالمضي على العقد السابق وباشاء عقد لاحق ، ومطالبة

بالتزام اجر آخر دليل رضاه بانشاء عقد لاحق . نقض حكم العقد السابق ، فيظهر حينئذ حكم الانفساخ ، — وهو عدم وجوب المسمى في العقد السابق ولم تنعقد ثانياً لعدم اتفاقهما على مقدار الاجرة .

واما السكوت الذي حصل من احدهما بعد اصراره فلا عبرة به لأن السكوت رضاء دلالة ، والاصرار على الرد صريح بعدم الرضى ، والصريح اقوى من الدلالة ، فكان هو المعتبر دونها .

قال في التاترخانية في الثامن من الاجارات : ولو قال رب الدار بعشرة وقال المستأجر بخمسة وتركه حتى سكن ، فهو بخمسة . ولو اصر كل واحد على مقالته ومع ذلك سكن ، يجب اجر المثل اهـ والظاهر ان الاصرار يكون باعادة كل منهما مقالته مرتين ، لأنه في المرة الثانية يكون قد اصر على قوله الأول ، وليحرر .

ولقائل ان يقول: حيث لم يتوافق الايجاب والقبول فيما لو اصر كل منهما على مقالته تكون الاجارة باطلة لا فاسدة ، لأن توافقهما شرط الانعقاد كما سيأتي ، وفي الاجارة الباطلة لا يلزم اجر بالاستعمال ، الا في مال الوقف واليتيم والمعد للاستغلال ، على ما سنحرره في شرح المادة (٤٥٩) لكنه بحث فلا يعارض النص ، فتأمل .

المادة ٤٣٩ = ﴿ لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل او تزييده او تنزيله يعتبر العقد الثاني ﴾

المراد بالمقاولة في قوله « لو تقاولا » ان يجدد عقد الاجارة . والمراد بالبدل الاجرة قال في الهندية عن المحيط : استأجر من آخر ارضاً بأكرار حنطة فزاد رجل للمؤجر كراً فآجره المؤجر منه فذهب المستأجر الأول فزاده كراً ايضاً وجدد الاجارة ، فالاجارة هي الثانية ، وانفسخت الاولى بمقتضى تجديد الثانية . وذكرت هذه المسئلة عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ووضعها فيما اذا زاد المستأجر الأول على المستأجر الثاني في الاجر وسلمها رب الدار للاول بهذه

الزيادة وبالاجر الاول ، وذكر ان الاجارة الاولى لا تنتقض ، وهي زيادة زادها في الأجر . وحاصل الجواب ان صاحب الدار اذا جدد الاجارة تنتقض الاولى ، واذا لم يجدد لا تنتقض الاولى وتكون الثانية زيادة اه القول : وهذا صريح في ان الزيادة المذكورة تصح اذا لم يجدد عقد الاجارة وان كانت من جنس ما استأجر به . ويخالفه ما نقله قبله عن الذخيرة حيث قال : واذا زاد الآجر او المستأجر في المعقود عليه او في المعقود به ، ان كانت الزيادة مجهولة لا تجوز الزيادة ، سواء كانت من الآجر او من المستأجر . وان كانت معلومة فمن جانب الآجر تجوز سواء كانت من جنس ما آجر او من خلاف جنس ما آجر . وان كانت من جانب المستأجر ان كانت من جنس ما استأجر لا يجوز ، وان كان من خلاف جنس ما استأجر يجوز اه فليتأمل وليحرر .

والحاصل ان الزيادة من المستأجر في المعقود به وهو الاجرة ان حصلت مع تجديد عقد الاجارة تصح ، ويكون العقد الثاني هو المعتبر وينفسخ به العقد الاول . وهذا الحكم هو المعنيّ بمنطوق هذه المادة . وان حصلت بلا تجديد عقد ، فعلى ما في المحيط تعتبر الزيادة وتلتحق بالعقد الاول ، بلا فرق بين ان تكون من جنس ما استاجر به كما مثل به من زيادة الكر او من جنس آخر . وعلى ما في الذخيرة انما تعتبر اذا كانت من خلاف جنس ما استاجر به ، والا فلا تجوز .

وهذا كله اذا وقعت الزيادة في ابتداء المدة كما تشعر به فاء التعقيب من قول المحيط « فزاد رجل آخر » والا فإن وقعت بعد مضي مدتها لا تصح ، كما في الاشباه والمنح . وعلله المحشون بأن محل العقد قد فات . وان كان بعد مضي بعضها ، ففي حواشي الدر عن شرح العلامة البيري على الاشباه عن خزانة الاكمل: لو استأجر داراً شهرين او دابة ليركبها فرسخين فلما سكن فيها شهراً او سافر فرسخاً زاد في الاجرة ، فالقياس ان تعتبر الزيادة لما بقي . ومحمد استحسن جعلها موزعة لما مضى ولما بقي اه لكن في الهندية عن التاترخانية : المستأجر اذا زاد في الاجرة بعد ما مضى بعض المدة ، لا تصح الزيادة ويصح الحط اه فتأمل وحرر .

واما الزيادة من الآجر في المعقود عليه ، وهو العين المأجورة ، فمتى كانت غير

مجهولة تجوز ، سواء كانت من جنس المعقود عليه كما اذا آجره حماراً فزاده حماراً آخر ، او من خلاف جنسه كما اذا زاده على الحمار عبداً ، مع بقاء الاجرة على حالها في الصورتين .

بقي حط الآجر عن المستأجر من الاجرة ، وهو صحيح ، سواء وقع بعد مضي المدة او في اثنائها ، لأن الحط ترك بعض الاجرة ، وهو جائز في كل وقت . لكن اذا وقع الحط قبل مضي كل المدة يلتحق بأصل العقد . واذا وقع بعد مضيها يكون امراً مستأنفاً (افاده الحموي على الاشباه) .

المادة ٤٤٠ = ﴿ الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها . بناء عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الاجارة بمجرد قوله ما آن وقتها ﴾

الاجارة المضافة الى زمان مستقبل ، كأن تقول آجرتك داري سنة ابتداؤها رأس الشهر الآتي ، او يقول اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتكها سنة بكذا ، وهي صحيحة بالاجماع ، كما في الدر . لكن في لزومها روايتان مصححتان : الاولى انها لازمة فلا يجوز لاحد العاقدين فسخها قبل مجيء وقتها ، وبها اخذ نصير رحمه الله تعالى ، واختارها شمس الائمة السرخسي ، وبه اخذت جمعية المجلة . ولعل ذلك لانها اقطع للنزاع ، ولان ثمرة صحة العقد اللزوم فيناسب الرواية الثانية والثانية انها غير لازمة فلكل من العاقدين فسخها ، وبها اخذ الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث وشمس الائمة الحلواني ، وهو قول عيسى ابن ابان رحمه الله تعالى وهذه الرواية وان ذيلت بأن عليها الفتوى كما في الخانية وبها افتي في الخيرية وتنقيح الحامدية ، لكن حيث صدر الامر السلطاني بالعمل بالرواية الاولى تعين الاخذ بها ، فلا يجوز الحكم بخلافها وعليها ، اي لرواية الاولى ، لو كانت الاجارة مضافة الى الغد ثم باع من غيره ، لا ينفذ البيع ، بل يتوقف على اجازة المستاجر

وذكر في التنوير وغيره انه كما يصح اضافة الاجارة الى المستقبل تصح اضافة فسخها ايضاً كأن يقول فاسختك راس الشهر ، وهذا بخلاف ما اذا علق الفسخ على مجيء الشهر مثلا ، فإنه لا يصح كما لا يصح ذلك في الاجارة على احد قولين . قال في الهندية وفي فتاوى ابي الليث : اذا قال لغيره : اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار او اذا جاء الغد فقد آجرتك هذه الدار ، يجوز وان كان فيه تعليق . (كذا في المحيط ، وبه يفتي ، كذا في القنية) وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى : قال بعض اصحابنا رحمهم الله تعالى : اضافة الفسخ الى مجيء الشهر وغير ذلك من الاوقات صحيح ، وتعليق الفسخ بمجيء الشهر وغير ذلك لا يصح ، والفتوى على قوله . كذا في فتاوى قاضيخان اه — فليتدبر .

المادة ٤٤١ — ❋ الاجارة بعد ما انعقدت صحيحة لا يسوغ للآجر فسخها بمجرد ضم الخارج على الاجرة . لكن لو آجر الوصي او المتولي عقار اليتيم او الوقف بانقص من اجر المثل تكون الاجارة فاسدة ويلزم اجر المثل ❋

يعني يلزم المستأجر اجر المثل بالغاً ما بلغ عن جميع المدة . ولا ينظر فيه الى المسمى ومثل الوصي الأب قال في التنوير وشرحه الدر من كتاب الوقف : والموقوف اذا آجره المتولي بدون اجر المثل لزم المستأجر (لا المتولي ، كما غلط فيه بعضهم) تمامه ، اي تمام اجر المثل ، كأب ، وكذا وصي (خانية) آجر منزل صغيره بدون اجر المثل ، فإنه يلزم المستأجر تمامه ، اذ ليس لكل منهم ولاية الحط والاسقاط .

وفي الاشباه عن القنية ان القاضي يامره بالاستئجار بأجر المثل ، وعليه تسليم زود السنين الماضية ولو كان القيم ساكتاً مع قدرته على الرفع للقاضي ، لا غرامة عليه ، وانما هي على المستأجر . واذا ظفر الناظر بمال الساكن فله اخذ النقصان

منه ، فيصرف في مصرفه قضاء وديانة اه فليحفظ اه .

وهل يشترط لوجوب اجر المثل استيفاء المنفعة حقيقة كما هو حكم الاجارة الفاسدة ، ام يكفي التمكن منها . اما في الوقوف ، فيكفي التمكن قطعاً . قال في التنوير وشرحه الدر من كتاب الاجارة : فيجب الأجر لدار قبضت ولم تسكن ، لوجود تمكنه من الانتفاع . وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة . اما في الفاسدة ، فلا يجب الأجر الا بحقيقة الانتفاع . وظاهر ما في الاسعاف اخراج الوقف ، فيجب اجرته في الفاسدة بالتمكن (كذا في الاشباه) اه قلت : ونقل في البحر عن الذخيرة ما نصه : واذا آجر القيم داراً بأقل من اجر المثل قدر مالا يتغابن الناس فيه حتى لم تجز الاجارة لو تسلمها المستأجر ، كان عليه اجر المثل بالغاً ما بلغ ، على ما اختاره المتاخرون من المشايخ اه وهو صريح في ايجاب اجر المثل على المستاجر بمجرد التسليم . واما في مال اليتيم ، فذكر في الدر انه محل تردد . لكن نقل العلامة بن عابدين في حاشيته عن البحر ، عند قول صاحب الكنز « ولا تزاد في الاوقاف على ثلاث سنين » عن الرملي ، ما نصه : وفي الجوهرة : وعلى هذا ارض اليتيم ، وقد افتى صاحب البحر بالحاق عقار اليتيم بالوقف ، وكذا تلميذه الشيخ العلامة الغزي . واكثر كلامهم في المسئلة يدل على انه المختار وانه المفتى به . وعلته انه كما يصان الوقف يصان مال اليتيم عن دعوى الملك بطول المدة ، بل مال اليتيم اولى ، للنصوص الموجبة له المصرحة بالنهي عن قربانه ، فليكن عليه المعول . واقول ايضاً : ومثل عقار اليتيم عقار بيت المال اه .

ولا يخفى ان مماثلة مال اليتيم للوقف معا ذكر من العلة ، تنتظم المماثلة ايضاً في وجوب الاجرة بمجرد التمكن من الانتفاع ، فليتأمل

اذا علمت هذا تعلم ان ما ذكره الشارح سليم باز في شرح هذه المادة من ان وجوب اجر المثل مقيد بما اذا استوفي المنفعة حقيقة بانقضاء مدة الاجارة ، وانه لو انقضى بعضها يلزمه الاجر المسمى لما مضى ، وأجر المثل لما بقي اه هو غريبة بلا مرية . ومما يقضى منه العجب انه عزا المسئلة للدر المختار ، مع انه لا وجود لما ذكر فيه ، وانما الموجود فيه ما سمعته . وكأنه قاس هذه المسئلة على ما اذا آجر اولاً بأجر المثل ثم زاد الأجر في نفسه ، كما سنذكره ، ولم يدر ان تلك اجارة

وقعت صحيحة ، فما لم يفسخها الناظر يجب فيها المسمى بخلاف مسئالتنا فان الاجارة فيها وقعت فاسدة لانها بدون اجر المثل ، فوجب فيها المثل من اول المدة . وما سبب اغلاطه الا تصرفه في عبارات المؤلفين

❊ تنبيهات ❊

الاول : لو اختلف الناظر او الوصي مع المستأجر . فقال الناظر او الوصي ان الاجارة وقعت فاسدة لانها كانت بدون اجر المثل ، وادعى المستأجر صحتها لوقوعها بأجر المثل ، او جاء اجنبي وأخبر القاضي انها وقعت بدون أجر المثل ، فإن القاضي لا يقبل قول ذلك المدعي لانه متهم بارادة استئجارها لو اجنبياً ، او باستخلاصها وايجارها لغير الاول لو هو العاقد ، ولان الاصل في العقود الصحة ، والقول قول مدعي الاصل . ولكن يسئل القاضي فإن اخبره ذو خبرة انها كذلك فسخ الاجارة — الا اذا شهد الشهود وقت العقد بان الاجرة اجر المثل واتصل بها القضاء بصحة الاجارة بحادثتها الشرعية ، فحينئذ تترجح بينه الصحة لاتصال القضاء بها ، فلا ينقض . واخبار واحد من اهل الخبرة كاف عندهما ، خلافاً لمحمد ، ولا عبرة بمجرد شهادة الشهود اذا لم يتصل بها القضاء (افاده في الدر وحواشيه)

الثاني : لم تتعرض هذه المادة لما اذا آجر ناظر الوقف اجارة صحيحة باجرة المثل ، ثم حصلت زيادة على المستأجر في الاجرة المسماة في اثناء المدة . وحاصل ما ذكره في الدر وحواشيه والاشباه وشروحها ان الزيادة ان كانت اضراراً وتعنتاً ، وفسرها ابن نجيم في فتاواه بالزيادة التي لا يقبلها الا واحد او اثنان ، فلا تقبل . وان كانت زيادة في نفسها لغلو سعرها عند الكل او لكثرة رغبة الناس في استئجاره ، تقبل ، على ما هو المختار . وحينئذ يعرضها الناظر على المستأجر الأول ، فإن قبل بالزيادة فهو احق من غيره ، وتلزمه الزيادة من وقت قبولها فقط لا من اول المدة ، بل الواجب من اول المدة الى وقت الفسخ الأجر المسمى . فإن لم يقبل بها ، فسخ الاجارة وآجرها من غيره بالزيادة . فإن لم يقبل الفسخ رفع الناظر الأمر للقاضي ليحكم به . ولو ان الناظر امتنع من الفسخ ، والحالة

هذه ، فسخها القاضي . وهذا كله اذا كان المأجور فارغاً وقت الزيادة عن ملك المستأجر ، كارض لم يزرعها المستاجر ، و كالدار والحانوت . فان كان مشغولاً بملكه ، فإن كان زرعاً كما لو كان المأجور ارضاً فزرعها المستأجر، فإنه لا يجوز ايجارها من غيره وان فرغت مدة الاجارة ، ما لم يستحصد الزرع ، بل تضم عليه الزيادة من وقتها الى ان يستحصد ، لأن شغلها بملكه ، مانع من صحة ايجارها من غيره . وان كان غراساً او بناء بان غرس المستاجر في الارض الماجورة او بنى فيها ، فإن فرغت المدة ، فسخها وآجرها لغيره ان لم يقبل الزيادة . وان كانت المدة باقية ، لم تؤجر لغيره ، لما قلنا من ان شغلها بملكه مانع من صحة ايجارها من غيره ، بل تضم عليه الزيادة من وقتها كما مرّ في المزروعة لكن هنا تبقى الى انتهاء مدة العقد فقط ، اذ لا نهاية معلومة للبناء والغراس، بخلاف الزرع . ثم ان ضم الزيادة عليه انما هو حيث رضي به ، والا يؤمر بالقلع ان لم يضر بالوقف وتؤجر لغيره صيانة للوقف . فإن كان قلعها يضر بالارض او ينقصها ، فالمتولي بالخيار : ان شاء يتملكها بقيمتها مستحقي القلع جبراً على المستاجر، وان شاء تركه الى ان يتخلص البناء والغراس من الارض ، كما سقط شيء دفعه اليه . هذا ما عليه شروح الهداية والكنز وغيرها ، خلافاً لما في الاسعاف والتتارخانية والخانية ، قائلين ان اجر المثل يعتبر وقت العقد فلا تعتبر الزيادة بعده . وعلى ما في الشروح المعول ، لانها الموضوعة لنقل المذهب ، بخلاف نقول الفتاوى . وهذا كله اذا زادت اجرة الارض في نفسها لا بسبب بنائه مثلاً ، والا فلا تضم عليه الزيادة اصلاً لان الزيادة من ملكه كما هو ظاهر اه اقول : وثمرة تفسير زيادة الاضرار والتعنت بما لا يقبله بهذه الزيادة الا واحد او اثنان ، انه يكون القول قول المستاجر ان زيادة هذا الواحد او الاثنين زيادة اضرار حتى لو برهن الناظر عليه معهما بأن اجرة مثل المأجور زادت في نفسها ، يقبل برهانه وتثبت الزيادة . وهذا معنى قول صاحب الدر بعد ما تقدم «وان انكر زيادة اجر المثل وادعى انها اضرار فلا بد من البرهان عليه» يعني لا بد من برهان المتولي على المنكر الذي هو المستاجر لتثبت زيادة اجر المثل . والحاصل انه لو ازاد واحد او اثنان فقط

في اجرة المأجور في اثناء المدة ، لا عبرة بها والقول قول المستاجر انها زيادة اضرار وتعنت ، ما لم يقم المتولي البرهان على ان اجرة المثل قد زادت في نفسها —بخلاف ما اذا كان الزايد اكثر من اثنين ، فإنه لا عبرة حينئذ لقول المستأجر ان زيادتهم زيادة اضرار ، لأن كثرة الرغبات بزيادة اكثر من اثنين تكذبه . هذا غاية ما ظهر لي جمعاً بين كلامهم ، فاغتنمه .

الثالث : ما ذكرناه في التنبيه الثاني من الاحكام ، انما ذكروه في الوقف . واما الزيادة على المستأجر في الملك فلا تقبل ، كما في الدر وغيره . قال في الاشباه وهو شامل لمال اليتيم بعمومه ، واقره في الدر : لكن قال الحموي في حاشيته على الاشباه : سوى في الاسعاف بين الوقف وارض اليتيم حيث قال : ولو آجر مشرف الوقف او وصي اليتيم منزلاً بدون اجر المثل ، قال ابن الفضل : ينبغي ان يكون المستأجر غاصباً . وذكر الخصاف : لا يكون غاصباً ويلزمه اجر المثل . وصرح في الجوهرة بأن ارض اليتيم كأرض الوقف اه واقره العلامة الطحطاوي . وتعقبه العلامة بن عابدين بأن ما في الاسعاف غير ما نحن فيه . فإن ما استشهد به فيما لو آجر بدون اجر المثل ، وكلامنا في الزيادة عليه بعد العقد ، والفرق مثل الصبح اه اقول : وفيه نظر ، فإن قول الجوهرة ان ارض اليتيم كالوقف ، وكذا ما قدمناه آنفاً عن حاشيته على البحر من افتاء صاحب البحر وصاحب التنوير بإلحاق عقار اليتيم بالوقف ، وما ذكروه من التعليل بأن مال اليتيم اولى بالصيانة من مال الوقف للنصوص الموجبة له الخ ، كل ذلك باطلاقه يفيد عدم التفرقة بين الحكم بفساد الاجارة ، لكونها باقل من اجرة المثل ، وبين الحكم بفسخها بسبب الزيادة العارضة . فالفرق بين المسئلتين في غاية الخفاء فضلا عن ان يكون مثل الصبح ، فافهم .

الرابع : وقعت الزيادة في اغلب كلامهم مطلقة ، فقالوا اذا زادت بزيادة الرغبات . ووقع في عبارة الحاوي القدسي انها تنقض عند الزيادة الفاحشة . قال في البحر : وتقييده بالفاحشة يدل على عدم نقضها باليسير ، ولعل المراد بالفاحشة ما لا يتغابن الناس فيها كما في طرف النقصان ، فإنه ، اي النقصان ، عن اجر المثل جائز ان كان يسيراً ، والواحد في العشرة يتغابن الناس فيه ، كما ذكروه في كتاب

الوكالة . لكن صرح في الحاوي الحصيري كما نقله عنه البيري وغيره،ان الزيادة الفاحشة مقدارها نصف الذي آجر به اولاً ، واقره العلامة البيري وغيره،وتبعه في الحامدية ، فاحفظ هذه الفائدة السنيه (كذا في رد المحتار مختصراً)

وفي الانقروية عن الكرماستي ، في الباب التاسع عشر : ودرهمان في عشرة، يسيرة ، حتي لو آجر بثمانية واجر مثله عشرة ، لا تفسخ . وفيها عن حاشية القنية : اذا آجر ما يساوي خمسة عشر بعشرة ، فهو غبن فاحش ، وما دونه ، لا . قال نجم الائمة الحكيمي: هكذا سمعت استاذي ، يعني قاضيخان .

واما ما تقدم في المادة (١٥٦) من ان الغبن الفاحش غبن على قدر الخمس في العقار او بزيادة ، فذاك في ثمن العقار لا في اجرته ،فافهم .

الخامس : ما تقدم في التنبيه الثاني من ان مستأجر ارض الوقف اذا بنى او غرس فيها فللناظر تكليفه القلع بعد مضي مدة الاجارة ، الى آخر ماذكرناه هناك، انما هو فيما اذا كان البناء بغير اذن المتولى ، فلو بأذنه ، فإن بنى لأجل الوقف او اطلق ، فهو للوقف ، ويرجع الباني على المتولي بما انفق ، كما في فتاوي ابي الليث . وان بنى لنفسه واشهد عليه فلا يكون للوقف ، بل هو للباني .

وذكر في متن التنوير تبعاً للقنية انه اذا مضت مدة الاجارة ، فللمستأجر استبقاؤها بأجر المثل ، اذا لم يكن في ذلك ضرر بالوقف . ولو ابى الموقوف عليهم الا القلع ، ليس لهم ذلك . وايده في شرحه الدر المختار بأنه المنقول عن اوقاف الخصاف، قائلاً : وبهذا تعلم مسئلة الارض المحتكرة . واطال العلامة ابن عابدين الكلام بالرد عليه ،قائلاً : انه مخالف لإطلاق المتون ، فكيف يسوغ الافتاء به مع انه من كلام القنية ، ولا يعمل بما فيها اذا خالف غيره ، وما في المتون قد اقره الشراح واصحاب الفتاوي . ورد ايضاً على ابي السعود قوله في حاشيته على مسكين: ان ما في القنية مفروض فيما اذا اشترط الاستبقاء ، وما في المتون فيما اذا لم يشترط ، بأن هذا لا ينفي المخالفة ، لان ما في المتون مطلق ومفاهيمها حجة ، مع انه قد يقال هذا الشرط مفسد ، لما فيه من نفع المستأجر ، الى آخر ما قال — اقول : ويمكن ان يجاب بأن الشرط اذا كان فيه نفع للعاقدين انما يكون مفسداً اذا لم يكن فيه تعامل بين الناس ، وهنا الشرط قد جرى

فيه التعامل في أكثر البلدان في البساتين والحوانيت ، كما اعترف به نفسه . ومسئلة الارض المحتكرة قد طفحت بذكرها كتب المذهب . وقد قال في الخيرية الاستحكار عقد اجارة يقصد بها استبقاء الارض مقررة للبناء والغرس او لاحدهما اه — على ان شرط الاستبقاء انما يذكرونه في زماننا لقبول المستأجر اذن الناظر له بالبناء والغرس ، لا لقبوله عقد الاجارة ، فكيف يكون مفسداً لعقد الاجارة ، وبأن المطلق لا يخالف المقيد بل يحمل عليه كما ذكروه في الاصول ، ومفاهيم الكتب انما يكون حجة اذا لم يعارضها المنقول ، وقد علمت ان ما في القنية مؤيد بالمنقول عن الخصاف ، وناهيك به من امام . ووجهه ، كما في الخيرية ، امكان رعاية الجانبين من غير ضرر وعدم الفائدة في القلع ، اذ لو قلعت لا تؤجر باكثر منه .

والذي ينبغي ان يعول عليه في الافتاء في زماننا ماتقدم عن العلامة ابي السعود من التفصيل ، موافقاً لما عليه العمل في اكثر البلدان ، من انه ان شرط استبقاء البناء والغراس في الارض المأجورة كان الشرط معتبراً ، فيملك المستأجر استبقاء الارض بأجر المثل وليس للناظر ان يكلفه القلع بعد مضي المدة ، وعلى هذا يحمل ما في التنوير تبعاً للقنية مؤيداً بمسئلة الارض المحتكرة المنقولة عن الخصاف ، وان لم يشترط الاستبقاء بل بنى او غرس لنفسه بناء على مجرد اذن الناظر له بذلك ، فلا يملك الاستبقاء . والناظر مخير بعد مضي مدة الاجارة بين ان يكلفه القلع ، او يتملكه لجهة الوقف مستحق القلع ، اخذاً بما عليه المتون والشروح . وهذا اذا قبل المستأجر بدفع اجرة مثل الارض خالية عن البناء والغراس فلو امتنع عن قبول ذلك سقط اعتبار الشرط المذكور ، وخير الناظر بين تكليفه القلع او التمليك .

السادس : قيدنا في التنبيه الخامس كون البناء والغرس في ارض الوقف احترازاً عما اذا كان ذلك في ارض مملوكة بأن استأجر ارضاً ملكاً فبنى او غرس فيها ، فإنه ليس للمستأجر ان يستبقيها ، كذلك ان ابى المالك الا القلع بل يكلفه على ذلك ، الا اذا كانت قيمة الغراس اكثر من قيمة الارض ، فيضمن المستأجر قيمة الارض للمالك ، فيكون الاغراس والارض للغارس . وفي العكس يضمن المالك قيمة الاغراس ، فتكون الارض والاشجار له . وكذا الحكم في العارية (كذا في رد المحتار عن الخيرية) اقول : الظاهر ان هذا اذا

كان المستأجر بنى او غرس باذن المالك ، لانه يكون غير متعد بالبناء والغرس وهذا كما قالوا فيما لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ان صاحب اللؤلؤة يتملك الدجاجة جبراً على مالكها ، لأن الضرر الاشد يزال بالاخف . واما اذا كان البناء والغرس بدون اذن مالك الارض فليس الا القلع او تخيير المالك بين تكليفه به او تملكه بقيمته مستحق القلع ان كان القلع يضر بالارض لانه متعد بالبناء والغرس ، وسيأتي تحقيق هذه المسئلة في المادة (٩٠٦) وشرحها .

السابع : لا تعتبر الزيادة في سعر الاجرة . فلو آجر الناظر ارض الوقف بخمسة شنابل حنطة ولم تزد الاجرة على ذلك ، لكن زاد سعر الحنطة زيادة فاحشة ، لا تعتبر تلك الزيادة ، اذ لا فايدة ولا مصلحة في نقض الاجارة للوقف ولا للمستحقين (افاده في رد المحتار نقلا عن العلامة الطرابلسي) ورد به ما في شرح المجمع . وارض اليتيم كارض الوقف .

الثامن : كما تفسد اجارة الناظر والوصي عقار الوقف واليتيم بأقل من اجرة المثل ، تفسد المساقاة على اشجارها ايضاً اذا كان فيها غبن فاحش . ومتى فسدت المساقاة فسدت اجارة الأرض الحاملة للاشجار . ومن ذلك ما يقع كثيراً من اخذ كرم الوقف او اليتيم مساقاة فيساقي على اشجارها بسهم من الف سهم ثم يستاجر ارضه الخالية من الاشجار بمبلغ كثير ، اي بمقدار ما يساوي اجرة الارض وثمن الثمار ، فتفسد المساقاة للغبن الفاحش وان كان في عقد الاجارة حظ ظاهر ، لان كلا منهما عقد على حدة وبفساد المساقاة تفسد الاجارة لبقاء الارض المأجورة مشغولة بملك الآجر ، كما لو تقدم عقد الاجارة على المساقاة . واذا فسدت الاجارة صارت الاجرة غير مستحقة لجهة الوقف ، والمستحق انما هو الثمرة فقط ، وحيث فسدت المساقاة لكونها بجزء يسير لجهة الوقف ، كان للعامل اجر مثل عمله (افاده في الدر وحاشيته رد المحتار) قال : وهذا بالنسبة الى الوقف . واما مساقاة المالك فلا ينظر فيها الى المصلحة ، كما لو آجر بدون اجر المثل اه .

التاسع : بقي الكلام على ما يسمونه في زماننا بالمرصد ، وهو ما يصرفه المستأجر في البناء في ارض الوقف او في ترميم بنائه من ماله بإذن القاضي او بإذن الناظر ، عند من لا يرى الاحتياج لاذن القاضي ، ليكون ما يصرفه ديناً على الوقف ،

ويكون البناء للوقف – وعلى ما يسمونه بالكدك ، وهو ما يبنيه المستأجر في حانوت الوقف ، ولا يحسبه على الوقف ، من عمارة وترميم واغلاق ونحو ذلك وقد يسمونه بالخلو – وعلى ما يسمونه بالقيمة او الكردار او مشد المسكة في البساتين ونحوها ، فان الارض في جميع ذلك يؤجرها الناظر بدون اجرة المثل بغبن فاحش . وهذه امور حادثة تعارفوا عليها ، وقد اشبع الكلام على هذه المسائل كلها العلامة بن عابدين في رد المحتار وتنقيح الحامدية ، فلتراجع .

المادة ٤٤٢ – ﴿ لو ملك المستاجر عين المأجور بارث او هبة يزول حكم الاجارة ﴾

عبارة الخانية على ما في حاشية الرملي على الفصولين : واذا ملك المستأجر العين المستأجرة بميراث او هبة ونحو ذلك بطلت الاجارة اه فدخل ما اذا ملكها بشراء صحيح . واما لو شراها شراءً فاسداً فلا تنفسخ الاجارة ما لم يجدد القبض ، والا فلا ، كما في جامع الفصولين . لأن المبيع فاسداً لا يملكه المشتري الا بالقبض ، وقبض الاجارة لا ينوب عن قبض البيع ، لأن ذاك قبض امانة وهذا قبض ضمان (راجع شرح المادة ٣٧١) .

وفي حاشية الفصولين للرملي ، نقلاً عن الحاوي الزاهدى : رهن الآجر الدار المستأجرة من المستاجر ، انفسخت الاجارة وصار رهناً اه وكذا تنفسخ الاجارة لو باعها الآجر من اجنبي وأجاز المستاجر بيعه ، كما تقدم في البيوع ، وان كان له حبس المأجور حتى يقبض ما دفعه من الاجرة .

وفي الهندية : قال المستأجر للآجر بالفارسية ما معناه بعني هذه الدار المستأجرة ، فقال له الآجر نعم ، تنفسخ الاجارة . وكذا لو قال الآجر ابيع هذه الدار ، فقال المستاجر نعم . ولو قال المستاجر للآجر انبيع لي هذه الدار فقال ابيعها ، قال برهان الدين وقاضي خان لا تنفسخ ، وقال القاضي بديع الدين تنفسخ . ولو قال الآجر للمستاجر ابيع هذه الدار لفلان ، فقال بعها ، تنفسخ .

اه وتمام جنس هذه المسائل فيها .

﴿ تنبيـه ﴾

يستفاد من تعليق زوال حكم الاجارة على ملك المستأجر ان المستاجر لو ملك الماجور في اثناء مدة الاجارة ، وقد كان تمكن من الانتفاع به بعض مـدة الاجارة ، يلزمه من الاجر المسمى ما اصاب تلك المدة ، وهو ظاهر .

وفي الخانية : رجل استاجر ارضاً ثم اشتراها المستأجر مع رجل آخر ، ذكر في المنتقى ان الاجارة تبطل ، ويترك الزرع في الارض حتى يستحصد ، ويكون للشريك في الشراء على صاحب الزرع مثل اجر نصف الارض .

وذكر فيه ايضاً : رجل استأجر داراً او ارضاً وبنى فيها ثم آجرها من رب الدار ، فان الاجارة الثانية تكون نقضاً للاولى ، ويكون على رب الدار حصة بنـاء المستاجر من الآجر اه .

المادة ٤٤٣ — ﴿ لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقـد تنفسخ الاجارة . مثلاً لو استأجر طباخ للعرس ومات احد الزوجين تنفسخ الاجارة . وكذلك من كان في سنه الم وقـاول الطبيب على اخراجه بخمسين قرشاً ثم زال الالم بنفسه تنفسخ الاجارة . وكذلك تنفسخ الاجارة بوفاة الصبي او الظئر ولا تنفسخ بوفاة المسترضع ﴾

قال في الهندية : الاجارة تنقض بالاعذار عندنا ، وذلك على وجوه ، اما ان يكون من قبل احد العاقدين ، او من قبل المعقود علية . وانما تحقق العذر ، ذكر في بعض الروايات ان الاجارة لا تنقض ، وفي بعضها تنقض . ومشايخنا وفقوا فقالوا : ان كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، او كان عذر يمنعه من الجري على موجب العقد شرعا ، تنتقض الاجارة من غير نقض . كما لو استأجر

انساناً لقطع يده عند وقوع الآكلة ، او لقلع السن عند الوجع ، فبرئت الآكلة وزال الوجع ، تنتقض الاجارة ، لانه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعاً . وان استأجر دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد آبق له ، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الاباق ، تنتقض الاجارة ، لانها وقعت لغرض . وقد فات ذلك الغرض . وكذا لو ظن ان في بناء داره خللاً فاستأجر رجلاً لهدم البناء ، ثم ظهر انه ليس في البناء خلل ، او استأجر طباخاً لوليمة العرس فماتت العروس ، بطلت الاجارة (كذا في فتاوي قاضيخان)

وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكن يلحقه نوع ضرر ، يحتاج فيه الى الفسخ (كذا في الذخيرة)

واذا تحقق العذر ومست الحاجة الى النقض ، هل ينفرد صاحب العذر بالنقض او يحتاج الى القضاء او الرضي ؟ اختلفت الروايات فيه ، والصحيح ان العذر اذا كان ظاهراً ، ينفرد ، وان كان مشتبهاً ، لا ينفرد (كذا في فتاوي قاضيخان) اه ما في الهندية .

وحاصله ان العذر على ماوفق به مشايخ المذهب ينقسم الى نوعين : نوع يوجب انفساخ العقد بلا فسخ ، وذلك فيما اذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، واذا كان العذر يمنع من الجري على موجب العقد شرعاً . ونوع لا يوجب انفساخ العقد ، وانما يثبت به خيار الفسخ لصاحبه . وهذه المادة قد تضمنت بيان حكم النوع الاول ، واما النوع الثاني فسيأتي بيانه في الفصل الثالث من باب الخامس . وبهذا ظهر ان تقييد الانفساخ في هذه المادة بموت احد الزوجين وزوال الم السن ، لا بد منه ، والا كان من النوع الثاني ، فلا يرد على هذه المادة مانقله الطحطاوي عن المبسوط : اذا استأجره ليقطع يده للآكلة او لهدم بنائه ثم بداله ان يرجع في ذلك ، كان عذراً ، اذ في بقاء العقد اتلاف شيء من بدنه او ماله اه ثم قال : وهذا صريح في انه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ لانا نقول ثبوت خيار الفسخ لصاحب العذر شيء ، وانفساخ العقد بمجرد العذر شيء آخر . فزوال الم السن وموت احد الزوجين انما هو شرط للثاني لا للاول ، وتوضيح ذلك انه لو استؤجر طباخ للطبخ لوليمة العرس او طبيب لقلع السن ثم ماتت العروس

وزال الم السن ، تنفسخ الاجارة بلا فسخ ، لان الغرض من الاجارة لم يبق في الاولى ، والجري على موجب العقد لا يمكن شرعاً في الثانية . واما اذا لم تمت العروس ولم يزل الم السن فلا تنفسخ الاجارة ، ولكن يثبت خيار الفسخ للمستاجر ، لان الغرض من الاجارة وان كان باقياً والجري على موجب العقد وان كان ممكناً شرعاً ، ولكن المستاجر يلحقه ضرر في ماله او جسمه ، فيكون ذلك عذراً يثبت له خيار الفسخ . وما تقدم عن المبسوط من التعليل صريح في ذلك . وكذا ما نقله في رد المحتار عن جامع الفصولين من قوله : كل فعل هو سبب نقص المال او تلفه فهو عذر لفسخه كما لو استاجر ليخيط له ثوباً او يقص او يقطع او يبني بناء او يزرع ارضه ، ثم ندم ، له فسخه اه وكذا ما علل به في الشرنبلالية من ان الانسان لا يجبر على اتلاف ماله ولا جسده لانه قد تتلف لهاته بالقلع ، ولا يجبر على اطعام ماله لمن لا يشكره اه .

ثم ان النوع الثاني ، وهو العذر الذي يثبت به خيار الفسخ لصاحبه ، هو الذي وقع فيه اختلاف الروايات في انه هل ينفرد صاحب العذر بالنقض او يحتاج فيه الى القضاء او الرضى . والصحيح ان العذر اذا كان ظاهراً كالدين الثابت بالبينه والحائط الذي ظهر ان ليس فيه خلل ، ينفرد . وان كان مشتبها كالدين الثابت بمجرد اقرار الاجير ، كما سيأتي ، لا ينفرد ، بل يحتاج فيه الى القضاء ليظهره . وهذا الخلاف لا يجري في النوع الاول ، كما هو صريح كلام قاضي خان والذخيرة كما سمعت . وبهذا ظهر ان ما اورده في الشرنبلالية وحواشي الدر وحاشية ابي السعود على مسكين على متون الكنز والدرر والتنوير من ان تقييد ثبوت خيار الفسخ للمستأجر بموت العروس او مخالعتها وبزوال الم الضرس ، لا مفهوم له ، هو في محله ، لانها اي المتون المذكورة في صدد بيان النوع الثاني ، لانهم قالوا : ويفسخ بعذر لزوم ضرر لم يستحق بالعقد الخ . لكن ما ذكروه لا يرد على منطوق هذه المادة ، لانها في صدد بيان حكم النوع الاول ، كما لا يخفى . نعم قد وقع في عباراتهم قصور عن توضيح المقام بما يرفع الاوهام ، فعليك بما حررناه ، فإنه من مزالق اقدام الافهام ، واعرض عما كتبه هنا الشارح سليم باز ، فإنه ينقل المباني ولا يتدبر المعاني .

﴿ تتمة ﴾

من النوع الثاني افلاس مستأجر دكان للتجارة ، فإنه عذر . وكذا اذا كسد سوقها حتى لا يمكنه التجارة . وقيل لا يكون الكساد عذراً ويمكن حمله على نوع من كساد . اما لو اراد التحول الى حانوت آخر هو اوسع او ارخص ويعمل ذلك العمل ، لم يكن عذراً . وان ليعمل عملاً آخر ، ففي الصغرى عذر ، وفي فتاوي الاصل : ان تهيأ له العمل الثاني في ذلك الحانوت ، فلا ، والا فنعم . ولو استأجر دكاناً لعمل الخياطة فتركه لعمل آخر ، فعذر .

وقد استفيد من جميع ذلك ان الافلاس ليس بقيد ، ويؤيده ما في جواهر الفتاوي : استأجر حماماً سنة وصار بحال لا يحصل من الغلة قدر الاجرة واراد ان يرد الحمام ، ان لم يعمل الحامي فله ان يرده — اي حيلته ان يترك العمل . والظاهر انه يحلف كمسئلة السفر الآتية . وسفر مستأجر دار للسكنى عذر ، دون سفر موجرها . ولو قال المستأجر اريد السفر وقال الموجر انه يتعلل ، يحلف انه عزم على السفر . وهذا احد اقوال ، واليه مال الكرخي والقدوري . وقيل يسأل رفقته ، وقيل يحكم زيه وثيابه ، وقيل القول قول منكر السفر . ولو خرج الى السفر بعد الفسخ ثم رجع وقال بدالي في ذلك ، وقال خصمه انه كاذب ، يحلف بالله انك صادق في خروجك بعد الفسخ (افاده في الدر وحواشيه)

والظاهر ان بينة الموجر ان المستأجر يتعلل بالسفر لفسخ الاجارة لا تقبل ، لانها على نفي الارادة ، والارادة من افعال القلب كالمشيئة والحب والرضى والاشتهاء والهوى ، فيدار الحكم على اخبار العازم والمريد الخ ، وجوداً وعدماً ، كما في البحر والخانية والهندية والبزازية ، وكذا في رد المحتار عن كافي الحاكم . ولهذا لو علق طلاقها على حبه اياها ، كان المعلق عليه اخباره بالحب ، وان كان في قلبه خلاف ما اخبر به . ولا شك ان بينتها على حبه ايلها غير مقبولة ، ولا يخفى ان جميع هذه الاعذار لا ينفرد فيها المستأجر بالفسخ ، لانها غير ظاهرة للعيان ، ولهذا احتيج فيها لليمين ، فلا بد للفسخ فيها من التراضي او قضاء القاضي كما قدمناه آنفاً عن الهندية ، معزياً لفتاوي قاضيخان . وظاهر قول الدر « فيحلف انه عزم على السفر » انه لا

يحلف على ان عزمه على السفر تحيل لفسخ الاجارة . ويؤيده مسئلة الحمامي حيث قال ان حيلته ان يترك العمل ، فتدبر وراجع ، وتمام مسائل هذا النوع في الدر وحواشيه والهندية .

ويمكن ان يقال انه لو اقرانه عزم على السفر تحيلاً لفسخ الاجارة ، لا يسقط حقه في الفسخ ، كما قالوا انه لو فعل ما يسقط شفعة الشفيع ، ليس للشفيع ان يحلفه بالله ما فعل ذلك تحيلا لاسقاط الشفعة ، لانه لو اقر بذلك لا يلزمه شيء ، فتأمل وراجع .

﴿ تنبيهات ﴾

الاول : انفساخ الاجارة بوفاة الصبي او الظئر ليس من قبيل انفساخ الاجارة بعذر مانع من اجراء موجب العقد ، بل هو من قبيل انفساخها بموت احد العاقدين . فقوله « وكذلك تنفسخ » الكاف فيه للتنظير ، اي ونظير انفساخها بالعذر انفساخها بموت من ذكر . قال في التنوير وغيره : وتنفسخ بموت احد عاقدين عقدها لنفسه . فان عقدها لغيره لا تنفسخ كوكيل ووصي ومتولي الوقف اه وعلل في الفتح انفساخها في موت المؤجر ، بأن المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر ، وقد فات ذلك بموته ، فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه ، لأن رقبة الدار تنتقل الى الوارث ، والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة ، وفي موت المستأجر ، بأنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث ، والمنفعة المجردة لا تورث اه مختصراً .

ويستثنى من انفساخها بموت احدها ، حال الضرورة ، كموت المؤجر في طريق مكة ولا حاكم في الطريق ، فتبقى الى مكة ، فيرفع الامر الى القاضي ليفعل الاصلح ، فيؤجرها له لو اميناً او يبيعها بالقيمة ويدفع له اجرة الاياب ان برهن على دفعها . وتقبل البينة هنا بلا خصم لانه يريد الاخذ من ثمن ما في يده (افاده في الدر عن الاشباه)

ومثله لو مات مؤجر السفينة او انقضت مدة الاجارة في وسط البحر ، كما سيأتي في المادة (٤٨٠) وشرحها . قال في الدر المنتقى : لان الاجارة كما تنقض

بالاعذار ، تبقى بالاعذار اه .

ولو سكن المستأجر بعد موت المؤجر، ان طالبه الوارث بالتفريغ ينبغي ان لا يجب عليه الاجر، لانه غاصب - الا اذا كان معداً للاستغلال ، او صار بموت المؤجر مال يتيم . واما المسمى في العقد السابق فلا يلزمه قطعاً ، لظهور انفساخه . وان طالبه الوارث بأجر آخر وسكن بعده ، ينبغي لزوم ذلك الاجر الذي طالبه به ، كما نقله في الدر عن الاشباه . وتقدم في المادة (٤٣٨) وشرحها .
وان لم يطالبه بشيء ، قيل : الحكم فيه كالحكم فيما اذا طالبه بالتفريغ ، ورجحه في البزازية . وقيل يجب الاجر مطلقاً ، لانه مضى على الاجارة وما غصب ، وعليه الفتوى ، كما في التتارخانية عن جامع الفتاوى .

ثم اذا وجب الاجر هل يجب اجر المثل او المسمى في العقد السابق ؟ ظاهر القنية ، الاول . ومقتضى ما بحثه في الخانية ، الثاني ، فإنه قال : وينبغي ان لا يظهر الانفساخ هنا ما لم يطالب الوارث بالتفريغ او بالتزام اجر آخر . لانه فصل مجتهد فيه اه فإن مقتضاه وجوب الاجر المسمى في العقد السابق ، وايد هذا بما في المنية : مات احدهما في اثناء المدة والزرع بقل ، بقي العقد بالمسمى حتى يدرك الزرع ، وبعد المدة باجر المثل اه فإنه فرق فيما اذا لم يدرك الزرع بين موت احدهما في اثناء المدة ، وبين انقضائها . ففي الاول يترك الى الحصاد بالمسمى ، وفي الثاني بأجر المثل . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه . وسيأتي في المادة (٥٢٦) ما اذا انقضت المدة قبل ادراك الزرع .

ولقائل ان يقول : في هذا التأييد نظر ، لما حرره في رد المحتار عند ذكر صاحب التنوير ما في المنية من ان العقد انفسخ بالموت حقيقة لكن اعتبر باقياً حكماً للضرورة ، وهي ضرر المستاجر بقلع زرعه البقل ، فلذا وجب المسمى . فقول المنية « بقي العقد » اي حكماً لا حقيقة ، ومعلوم انه لا ضرورة في المسئلة التي اقتضاها بحث الخانية حتى يبقى العقد فيها حكماً ، لا يقال ان الضرورة في مسئلة المنية يمكن دفعها بإيجاب اجر المثل لانا نقول الضرورة اقتضت بقاء العقد على حاله ، فوجب المسمى - بخلافها اذا فرغت المدة ، فانها اقتضت انعقاد اجارة جديدة فوجب اجر المثل . وانظر ما سنكتبه في شرح المادة (٤٨٠) عن الهندية

فليتأمل ، فإن الترجيح بين ما بحثه في الخانية وبين ما هو ظاهر كلام القنية ، مشكل . والعجب من الشارح سليم باز فانه ذكر ما بحثه في الخانية كأنه نقل صريح في المسئلة ، ولم ينبه على كونه بحثاً ، وقد تقرر منه ذلك في شرحه ، فليتنبه له .

الثاني: ان من النوع الاول ، وهو العذر الذي ينفسخ به العقد بلا فسخ ، ما سيأتي في المادة (٥٨٠) من انه لو استاجر حصادين لحصد زرعه وبعد مباشرة العمل تلف الزرع بآفة سماوية كبرد وجراد فانه تنفسخ الاجارة بلا فسخ بما خص الباقي من الزرع ، ويلزم المستاجر ما اصاب الزرع المحصود من الاجر المسمى ، وذلك لفوات الغرض الذي كانت الاجارة لاجله . اقول :واول منه ايضاً ما لو استاجر رجلا ليرعى غنمه مدة ثم في اثناء المدة ماتت الغنم كلها ، لان الغرض الذي كانت الاجارة لاجله قد فات بموت كل الغنم . ولهذا قال في الجوهرة « وان هلك في المدة نصف الغنم او اكثر ، فله الاجرة كاملةً ما دام يرعى منها شيئاً » فافهم انه لو ماتت كلها فلا اجرة له من حين موتها ، وما ذاك الا لانفساخها ، اي الاجارة ، بفوات الغرض الذي كانت الاجارة لاجله . وهذا يؤيد ما حررناه في شرح المادة (٤٢٥) فليراجع .

الثالث: ان من النوع الثاني ، وهو العذر الذي يثبت به خيار الفسخ لصاحبه ، ما اذا ظهر على الموجر دين لا وفاء له الا من الماجور ، سواء كان ثابتاً باقراره او ببينة ، وسواء كان اقراره قبل عقد الاجارة او بعده ، لانه يحبس به فيتضرر ، كما في الدر وحواشيه . ثم ان كان الدين ظاهراً بأن كان ثابتاً بالعيان او بالبيان ، ينفرد الموجر بفسخ الاجارة . والا ، كالدين الثابت باقراره ، فلا ينفرد ، بل يحتاج معه الى قضاء القاضي او رضى المستاجر بالفسخ ، كما تقدم عن الهندية ، وذكره ايضاً في حواشي الدر وغيرها .

وليس هذا العذر من النوع الاول ، اعني الذي تنفسخ به الاجارة بلا فسخ ، كما زعم الشارح سليم باز ، لتصريح المتون بخلافه .

ثم انما يكون الدين المذكور عذراً اذا لم يكن ما عجله المستأجر للموجر من الاجرة يستغرق قيمة المأجور ، والا فلا يملك الفسخ ، لأن المستأجر احق به من سائر الغرماء ، فلا فائدة في الفسخ (صرح به في الدر وحواشيه)

وكذا من هذا النوع ، اعني النوع الثاني ايضاً ، افلاس خياط يعمل بماله لا بأبرته ، كمن استأجر عبداً ليخيط فترك عمله ، وافلاس مستأجر دكان للتجارة ، وترك مستاجر دكان لعمل الخياطة الى عمل آخر . وكذا احتياج موجر لبيع المأجور لضرورة النفقة ، وكذا ظهور عيب في المأجور بعد الاجارة او قبلها ولم يطلع عليه المستاجر ، كانهدام الدار او بعضها . وسيأتي توضيح هذا النوع في الفصل الثالث من باب الخامس .

فروع

الاول : قال في لسان الحكام لو اظهر المستاجر في الدار الشر كشرب الخمر واكل الربا والزنى واللواطة ، يؤمر بالمعروف ، وليس للموجر ولا لجيرانه ان يخرجوه . فذلك لا يصير عذراً في الفسخ ، ولا خلاف فيه للائمة الاربعة . وفي الجواهر : ان رأى السلطان ان يخرجه ، فعل (رد المحتار) وكذا لو جعلها مأوى اللصوص (خانية)

الثاني : ذكر في الاسعاف وغيره : لو تبين ان المستاجر يخاف منه على رقبة الوقف ، يفسخها القاضي ويخرجه من يده ، فليحفظ اهـ .

اقر بداره لرجل بعد ما آجرها ، صح في حق نفسه ، لا في حق المستاجر . فاذا مضت المدة يقضي للمقر له (رد المحتار عن الولوالجية)

رجل آجر نفسه في ختان او حجامة او صناعة من الاعمال ، ثم قال انا ارغب من هذا العمل واستحي من الناس واريد التحول منه الى غيره من الاعمال ، قال محمد رحمه الله تعالى لا اقبل ذلك منه ، واقول له اوفه العمل ثم تحول الى ما شئت .

واذا آجرت المرأة نفسها بما تعاب به ، كان لأهلها ان يخرجوها من تلك الاجارة (خانية)

– الفصل الثانى –

« في شروط انعقاد الاجارة ونفاذها »

قال في الهندية : وشرطها انواع : بعضها شرط النفاذ ، وبعضها شرط الصحة، وبعضها شرط اللزوم . ثم ذكرها منصلة ، فلتراجع .

وقد تضمن هذا الفصل النوعين الاولين . والفصل الآتى ، وهو الثالث، النوع الثالث . واما النوع الرابع ، وهو شرط اللزوم ، فلم يذكره هنا استغناء عنه بالباب الخامس في الخيارات .

المادة ٤٤٤ – ﴿ يشترط في انعقاد الاجارة اهلية العاقدين يعني كونهما عاقلين مميزين ﴾

حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما سيأتي في المادة (٤٥٨) واما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ، ولا من شرائط النفاذ عندنا . حتى ان الصبي العاقل لو آجر ماله او نفسه ، فإن كان مأذوناً تنفذ ، وان كان محجوراً تتوقف على اجازة الولي عندنا .

وكذا لو آجر الصبي المحجوز نفسه وسلم وعمل وسلم من العمل ، يستحق الأجر فيكون الاجر له .

وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد الاجارة ولا لنفاذها عندنا ، فينفذ عقد المملوك ان كان مأذوناً ، ويقف على اجازة المولى ان كان محجوراً . واذا سلم من العمل في اجارة نفسه او اجارة مال المولى ، وجب الاجر المسمى ، ويكون الاجر للمولى . ولو هلك الصبي او العبد في يد المستاجر ، ضمن ، لانه صار غاصباً

من حيث استعمالها من غير اذن المولى والولي ، ولا يجب الاجر . ولو قتل العبد والصبي خطأً ، فعلى عاقلته الديه والقيمة ، وعليه الاجر . وللمكاتب ان يؤجر ويستأجر .

واما كون العاقد طايعاً مختاراً عامداً فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا ، لكنه من شرايط الصحة .

واسلامه ليس بشرط اصلاً ، فتجوز الاجارة والاستئجار من المسلم والذمي والحربي والمستأمن . واما خلو العاقد عن الردة اذا كان ذكراً ، فشرط في قول ابي حنيفة . وعندهما ليس بشرط اه (هندية) .

وقد قدمنا في شرح المادة (٣٦١) ان شروط انعقاد البيع اربعة انواع : في العاقد ، وفي المعقود عليه ، وفي نفس العقد ، وفي مكانه . فشروط العاقد اثنان: العقل والعدد . وشروط المعقود عليه ستة : كونه موجوداً ، مالاً متقوماً ، مملوكا في نفسه ، مقدور التسليم ، وكون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه وكون المبيع مشاراً اليه او الى مكانه اذا كان غير منظور وقت العقد . وشرط العقد اثنان : موافقة الايجاب للقبول ، وكونه بلفظ الماضي . وشرط مكانه واحد ، وهو اتحاد المجلس فجملة شروط الانعقاد احد عشر . وتمام تحقيقه هناك ، فراجعه . وما يكون شرطًا لانعقاد البيع ، يكون شرطًا لانعقاد الاجارة .

المادة ٤٤٥ ﴿ يشترط موافقة الايجاب والقبول واتحاد مجلس العقد في الاجارة كما في البيع ﴾

قدمنا في شرح المادة (٤٣٣) عن البدايع ان الكلام في الايجاب والقبول وفي صفتها ، كالكلام فيها في البيع . وعليه فتلزمك مراجعة الفصل الثاني والفصل الثالث من الباب الاول من كتاب البيوع .

وقد تضمنت هذه المادة والتي قبلها بيان شرط انعقاد الاجارة ، كما ان المادتين التاليتين تضمنتا بيان شرط نفاذها . ومن شرائط الانعقاد ، كما في الطحطاوي

عن الهندية ، قيام المعقود عليه . قال : فلو اجاز المالك عقد الفضولي بعد استيفاء المستأجر المنفعة ، لم تجز اجازته ، وكانت الاجارة للعاقد ، لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت اه .

ويظهر ان من شرائط الانعقاد ايضاً قياساً على البيع ، كون المستأجَر مقدور الاستيفاء حقيقة او شرعاً . فلا تنعقد الاجارة في استئجار الآبق والدابة النادة التي لا يمكن مسكها وتسليمها ، ولا الاجارة على المعاصي لأنها غير مقدورة الاستيفاء شرعاً . وقد صرح بهذا في الهندية ، وان كان ذلك في صدد بيان شروط الصحة .

ومنها ايضاً ان لا يكون العمل المستاجر له فرضاً او واجباً او نفلاً مندوباً ، لأن المستاجر له ، وهو سقوط الفرض والواجب او ثواب النفل ، غير مقدور التسليم . وقد صرحوا ببطلان الاجارة على الطاعات ، ومنها تلاوة القرآن المجردة الا فيما استثنى ، كالاستئجار على الآذان والامامة وتعليم القرآن وقد حقق ذلك بما لا مزيد عليه العلامة بن عابدين في رسالته « شفاء العليل » ومارد عليه العلامة المرحوم السيد محمود افندي الحمزاوي مفتي الشام سابقاً في رسالته المسماة « رفع الغشاوة عن جواز اخذ الاجرة على التلاوة » مدفوع بادنى امعان ومقابلة بين الرسالتين فإن في شفاء العليل ما يزيل اثر الغشاوة والغين عن العين وانظر ما سنذكره في شرح المادة (٥٧٠)

المادة ٤٤٦ — ❋ يلزم ان يكون الآجر متصرفاً بما يؤجره او وكيل المتصرف او وليه او وصيّه ❋

الولي يشمل الاب والجد عند عدم الاب وناظر الوقف . وكذا الوصي يشمل وصي الاب ووصي الجد ووصي القاضي عند عدم الاول . ومثل الاب والجد والوصي القاضي او امينه عند عدم من ذكر . فلو آجر غير هؤلاء ، ولو كان من ذوي الرحم المحرم ، لا تكون الاجارة نافذة ، لكنها تنعقد موقوفة على اجازة المالك او احد هؤلاء . لان شرط نفاذها الملك والولاية سواء كانت من قبل المالك كالوكيل او

من قبل الشرع كالاب وما عطف عليه (افاده في الهندية) ثم قال : ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة ، فله الخيار : ان شاء امضى الاجارة وان شاء فسخ اه .

المادة ٤٤٧ — ﴿ تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة المتصرف وان كان المتصرف صغيراً او مجنوناً و كانت الاجرة اجرة المثل تنعقد اجارة الفضولي موقوفةً على اجازة وليه او وصيّه . لكن يشترط في صحة الاجازة قيام وبقاء اربعة اشياء : العاقدين والمال المعقود عليه وبدل الاجارة ان كان من العروض . واذا عدم احد هؤلاء فلا تصح الأجازة ﴾

قيد صحة اجازة الولي والوصي بما اذا آجر الفضولي بأجر المثل لأن باجارته بأقل من اجر المثل لا تصح اجازته ، لأن اجارة نفس الولي اوالوصي بأقل من اجر المثل غير صحيحة ، كما سبق في المادة (٤٤١) فاولى ان لا تصح اجازتهما لاجارة الفضولي بذلك .

وقوله « لكن يشترط في صحة الاجازة الخ » اي لأن الاجارة بيع المنافع كما تقدم ، وهي بمنزلة بيع الاعيان . وقد تقدم في المادة (٣٧٨) اشتراط قيام من ذكر لصحة اجازة بيع الفضولي الاعيان ، فيكون ذلك شرطاً ايضاً في صحة اجازة بيعه المنافع . وعليه فيلزم مراجعة المادة المذكورة وشرحها .

ثم ان قيام المعقود عليه ، وهو المنفعة ، انما يكون ببقاء مدة الاجارة . ولذا لاتصح الاجازة بعد انقضائها . قال في الخانية : الغاصب اذا آجر المغصوب ثم اجاز المالك ، ان اجاز قبل استيفاء المنفعة ، صحت اجازته ، ويكون جميع الأجر للمالك — كما لو اجاز بيع الفضولي حال قيام المعقود عليه . وان اجاز بعد انقضاء المدة ، لا تصح اجازته ، كما لو اجاز بيع الفضولي بعد هلاك المعقود عليه ، ويكون

جميع الاجر للغاصب ، لأنه هو العاقد، والمنافع تقومت بعقده ، فكان الاجر له . وان اجاز بعد ما مضى بعض المدة فأجر ما مضى ، يكون للغاصب ، وأجر ما بقي يكون للمالك . وهو قول محمد رحمه الله تعالى ، والفتوى عليه ، لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، نصحت الاجازة فيما بقي من المدة ولا تصح فيما مضى . وكذا لو اعطى الغاصب ارض الغصب مزارعة فأجاز المالك ، ان كان الزرع قد سنبل ولم يسمن ، كان الخارج بين المزارع ورب الارض ، ولا شيء للغاصب . وان كان الزرع قد سنبل وسمن ، لا تصح اجازة رب الأرض ، ويكون ذلك بين الغاصب والمزارع ولا شيء للمالك اه اي الا اذا كان مال يتيم او وقف او معد للاستغلال ، فعلى الغاصب اجر المثل ، ان كان ما قبضه من الاجرة اجر المثل او دونه . وان كان اكثر ، الاولى ان يرد ما زاد على اجر المثل للمالك لأنه لا يطيب له ويطيب للمالك ، لأنه نماء ملكه . هذا ما حققه ابن عابدين في رد المحتار من الغصب .

وفي التنقيح من الاجارة . وفي الحامدية : والظاهر ان مثل الغاصب ، وهو من آجر المغصوب لاجل نفسه ، الفضولي وهو من آجره لاجل المالك . بتصرف ، وهو ظاهر .

وفي الخانية : الغاصب اذا آجر الدار او العبد ثم قال المغصوب منه انا امرتك بالاجارة فقال الغاصب لم تأمرني ، كان القول قول المغصوب منه . ولو آجر الغاصب فلما انقضت مدة الاجارة قال المغصوب منه كنت اجزت عقده قبل انقضاء المدة ، لا يقبل قوله الا ببينة اه ونقل مثله في التنقيح عن جواهر الفتاوى .

وتقييد اشتراط قيام بدل الاجارة في هذه المادة بما اذا كان من العروض احتراز ، عما اذا كان دينًا يثبت في الذمة ، فإنه حينئذ لا يشترط قيامه ، لأنه اذا كان عرضًا كان ذلك العرض مبيعًا قد اشتراه الفضولي ، والمبيع لا بد من ان يكون قائمًا حال الاجارة ـ بخلاف اذا كان دينًا ، فإنه لا يكون كذلك ، فلا يشترط قيامه حال الاجازة .

ثم اذا كان عرضًا واجاز المالك الاجارة به حال قيامه ، لا يصير ذلك

العرض ملكاً له ، بل يجب له على الفضولي مثله ان مثلياً ، وقيمته ان قيمياً ، لأن جازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد ، بمعنى ان المالك اجاز للفضولي ان ينقد الاجرة ثمناً للعرض الذي ملكه الفضولي بعقد الاجارة ، لا اجازة عقد ، لان العقد لازم على الفضولي . هذا حاصل ما ذكروه في فصل الفضولي من كتاب البيوع .

— الفصل الثالث —

في شروط صحة الاجارة

المادة ٤٤٨ — ﴿ يشترط في صحة الاجارة رضا العاقدين ﴾

فاجارة المكره فاسدة كاستئجاره ، الا انها تنقلب صحيحةً بعد زوال الاكراه ، ويكون بدل الاجارة امانةً في يد المكره ، فلا تضمن بلا تعدٍ . وهذا بخلاف الفاسدة بغير الاكراه . وهذا الحكم قد صرحوا به في بيع المكره ، ومعلومٌ ان الاجارة مثل البيع ، لانها بيع المنافع ، تأمل .

المادة ٤٤٩ — ﴿ يلزم تعيين المأجور . بناءً عليه لا يصح ايجار احد الحانوتين من دون تعيين او تخيير ﴾

اما التعيين ، فظاهر . واما التخيير ، فبأن يقول آجرتك هذه الدار بخمسة او هذه الاخرى بعشرة ، فان الاجارة تصح ، والخيار للمستأجر وان لم يصرح بالتخيير . قال في الهندية : الاصل ان الاجارة اذا وقعت على احد الشيئين وسمى

لكل واحد اجراً معلوماً بأن قال آجرتك هذه الدار بخمسة او هذه الاخرى بعشرة ، او كان هذا القول في حانوتين او عبدين او مسافتين مختلفتين ، نحو ان يقول الى واسط بكذا والى كوفة بكذا ، فذلك كله جائز عند علمائنا . وكذلك اذا خيره بين ثلاثة اشياء . وان ذكر اربعة اشياء ، لم يجز . وكذلك هذا في انواع الصبغ والخياطة ، اذا ذكر ثلاثة اشياء جاز ، وان زاد عليها لم يجز ، استدلالاً بالبيع . الا ان الاجارة تصح من غير شرط الخيار والبيع لا يصح من غير شرط الخيار كذا في الذخيرة اه وسيأتي لها مزيد بيان في المادة (٥٠٦) وشرحها .

واعلم ان علة فساد الاجارة عند عدم التعيين او التخيير ليس هو جهالة المنفعة كما زعم الشارح سليم باز ، والا لكانت هذه المادة مستغنى عنها بالمادة (٤٥١) الآتية . وانما هو لجهالة محل المنفعة ، وهو المأجور ، وان كانت المنفعة وهو السكنى في الدار والركوب في الدابة والعمل في استئجار اهل الصنعة معلومة ، اذ لا يلزم من جهالة محل المنفعة جهالة المنفعة كما زعم . ولذا قال في الهندية ، بعد ذكر شرط كون المعقود عليه معلوماً : ومنها ، اي من شروط الصحة ، بيان محل المنفعة ، حتى لو قال آجرتك احدى هاتين الدارين او احد هذين العبدين او استأجرت احد هذين الصانعين ، لم يصح العقد اه اي وان كانت المنفعة معلومة ، فافهم .

المادة ٤٥٠ — ❋ يشترط ان تكون الاجرة معلومة ❋

سيأتي في المادة (٤٦٤) والمادة (٤٦٥) كيفية معلومية الاجرة .

المادة ٤٥١ — ❋ يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة ❋

المـادة ٤٥٢ — ﴿ المنفعة تكون معلومة ببيان مدة الاجارة في امثال الدار والحانوت والظئر ﴾

اما نحو الخياطة فلا يشترط فيها بيان المدة اه (طحطاوي) وانما اشترط بيان المدة في نحو الدار لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر النفع معلوماً بحر) اي بخلاف نحو الصباغة والخياطة .

المـادة ٤٥٣ ـ ﴿ يلزم عند استئجار الدابة تعيين المنفعة بكونها للركوب او للحمل او اركاب من شاء على التعميم مع بيان المسافة او مدة الاجارة ﴾

قال في الدر وحواشيه : يشترط في استئجار الدابة للركوب بيان الوقت او الموضع فلو خلا عنهما فهي فاسدة ، فلا يجب اجر المثل الا بحقيقة الانتفاع اه وفي البزازية : استأجر ليشيع عليها او يستقبل الحاج، لا يصح بلا ذكر وقت او موضع . وفيها ، استأجرها من الكوفة الى الحيرة يلفى عليها الى منزله ويركبها من منزله وكذا في حمل المتاع اه وسيأتي تفاصيل احكام استئجار الدابة في الفصل الثالث من الباب السادس .

المـادة ٤٥٤ - ﴿ يلزم في استئجار الاراضي بيان كونها لاي شيء استؤجرت مع تعيين المدة . فان كانت للزرع يلزم بيان ما ما يزرع فيها او تخيير المستأجر بأن يزرع ما شاء على التعميم ﴾

سيأتي بيان محترز هذا الشرط في المادة (٥٢٤)

المادة ٤٥٥ - ✵ تكون المنفعة معلومة في استئجار اهل الصنعة ببيان العمل يعني بتعيين ما يعمل الاجير او تعيين كيفية عمله . فاذا اريد صبغ الثياب يلزم اراءتها للصباغ او بيان لونها واعلام رقتها مثلا ✵

يعني ان معلومية المنفعة في استئجار اهل الصنعة انما تكون ببيان العمل بيانا يرفع الجهالة المؤدية الى المنازعة . ففيما لو استأجره ليبني له حائطا بالحجر او اللبن والآجر والجص لا بد من تعيين ما يعمله الاجير ، وذلك بأن يبين طول الحائط وعرضه وارتفاعه . لكن لو استأجره لحفر البئر ولم يبين الطول والعرض والعمق تجوز الاجارة استحسانا ، ويؤخذ بوسط ما يعمله الناس ، كما في الهندية .

وفيما لو استاجره لصبغ الثياب لا بد ان يعين الثوب الذي يصبغ ، ولون الصبغ احمر او نحوه ، وقدر الصبغ اذا كان يختلف ، كما في رد المحتار . اقول : وكذا لا بد من بيان جنس ما يصبغ به اذا كان مما يختلف كصبغ الاحمر بالدودة في زماننا ، وصبغه بالاحمر الفرنجي في زماننا ، فإن الفرق بينهما فاحش . وفيما لو استأجره لقصر الثياب لا بد من اراءته الثوب او اعلامه بقدر رقته . ففي رد المحتار عن المحيط : لو استأجره لقصر عشرة اثواب ولم يرها ، فالاجارة فاسدة لأنه يختلف بغلظه ورقته اه ولا شك ان علمه بقدر رقتها وغلظها يقوم مقام رؤيتها . هكذا ينبغي تقرير هذا المحل .

المادة ٤٥٦ = ✵ تكون المنفعة معلومة في نقل الاشياء بالاشارة وبتعيين المحل الذي ينقل اليه . مثلاً لو قيل للحمّال انقل هذا الحمل الى المحل الفلاني تكون المنفعة معلومة لكون الحمل مشاهداً والمسافة معلومة ✵

لانه اذا اراه ما ينقله وعين الموضع الذي يحمل اليه ، كانت المنفعة معلومة ، فيصح العقد (بحر)

وحاصله ان الاشارة الى المنقول اغنت عن بيان مقداره فقط (رد المحتار) اي وتعيين المحل اغنى عن ذكر المدة ، فافهم .

المادة ٤٥٧ — ﴿ يشترط ان تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء بناء عليه لا يصح اجارة الدابة الفارة ﴾

هذا اذا كانت غير مقدورة الاستيفاء حقيقة . وكذا اذا كانت غير مقدورة الاستيفاء شرعاً ، كما قدمناه في شرح المادة (٤٤٥)

ومن ذلك ما في الهندية عن غاية البيان : ولا تجوز الاجارة على شي من الغناء والنوح والمزامير والطبول وشيء من اللهو . وعلى هذا الحداء وقرائة الشعر وغيره ، ولا اجر في ذلك . وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى اه .

وفيها عن القنائية : لو استأجر لتعليم الغناء ، او استأجر رجل ليخصي عبداً ، لا يجوز . وقيل في البقر والفرس يجوز اه .

وانظر ما لو آجر دابته المغصوبة وهي في يد الغاصب ، هل تصح الاجارة ؟ جزم الشارح سليم باز انها لا تجوز ، وعلل بأنه لا يمكن تسليمها فلا يتمكن من استيفاء المنفعة ، لان تسليم المحل اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فاذا فات التسليم فات التمكن من المنفعة ، فلا تصح الاجارة اه بلفظه . ولم يعزه لاحد ، ولم اره فيما عندي من الكتب بعد الفحص والتنقير . وما اتى به من التعليل عليل ، لانا لا نسلم عدم امكان التسليم اذا كان الغاصب مقراً . وتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة بعد ان تكون مقدورة التسليم من المؤجر شرط ، لوجوب الاجرة عليه ، لا لصحة العقد ، كما هو ظاهر .

ثم رأيت في الخانية اواخر البيع الفاسد ما نصه : رجل باع المغصوب من غير

الناصب ، ان كان الناصب جاحداً يدعي انه له ولم يكن للمغصوب منه بينة ، لا يجوز بيعه . وان كان له بينة ، جاز بيعه . ولا يجوز بيع الآبق الا اذا باعه ممن في يده اه .

وفي الثاني والثلاثين من جامع الفصولين : غُصِبَ ثوبه وعجز عن استرداده فقال اجنبي للمالك بعني حتى استرده فباعه فأراد اخذه من غاصبه فقال المشتري هو لي فكذبه الغاصب فحلف المشتري بطلاق امرأته ثلاثاً انه ثوبه ، قالوا لا يحنث، لأن شراء المغصوب صحيح . وروي عن ابي يوسف ليس له حق الفسخ. والمشايخ اخذوا بهذه الرواية اهـ وهذا يقتضي صحة اجارة المغصوب منه للمغصوب اذا كان الغاصب مقراً او منكراً ، والمغصوب منه له بينة عليه ، لان الاجارة بيع المنافع . وكما اشترط في صحة الاجارة كون المنفعة مقدورة الاستيفاء ، اشترط في البيع كون المبيع مقدور الاستيفاء ، فليتأمل وليراجع .

« الفصل الرابع »

❊ في فساد الاجارة وبطلانها ❊

المادة ٤٥٨ = ❊ تبطل الاجارة اذا لم يوجد احد شروطها . مثلا ايجار المجنون والصبي غير المميز كاستئجارهما باطل . لكن لا تنفسخ الاجارة بجنون الآجر بعد انعقادها ❊

التعبير بالبطلان ، مع التمثيل بايجار المجنون والصبي ، ظاهر في ان المراد بالشروط المذكورة شروط الانعقاد .

واشار بقوله « مثلا » الى انه ليس المراد حصر بطلان الاجارة باجارة المجنون والصبي ، لما قدمناه في شرح المادة (٤٤٤) من ان شروط انعقاد البيع ، احد عشر

شرطاً . ولذا مثل الطحطاوي للاجارة الباطلة بأن استأجر بميتة او دم او استأجر طبيباً ليشمه او شاة لتتبعها غنمه او فحلاً لينزو او رجلاً لينحت له صنماً اهـ .

وكذا يبطل ايجار وكيل من الجانبين ، وايجار حانوت او دار قبل ان يشتريه المؤجر او بعمره .

وكذا اذا لم يوافق الايجاب القبول ، او كان احدهما او كلاهما بلفظ الاستقبال ، او اختلف مجلس الايجاب والقبول .

المادة ٤٥٩ — ﴿ لا يلزم الاجرة في الاجارة الباطلة بالاستعمال لكن يلزم أجر المثل ان كان مال وقف او يتيم . والمجنون في حكم اليتيم ﴾

سكتت هذه المادة عن المعد للاستغلال . وقد قال الطحطاوي عند قول العلائي « فإنه » اي الباطل « لا اجر فيه » ظاهره ، ولو معداً للاستغلال ، لأنه انما يجب الاجر فيه اذا لم يستعمله بتأويل عقد او ملك كما سلف ، وهنا استعمله بتأويل عقد باطل ، ويحرر اه قال في رد المحتار ، بعد نقله : وفيه ان الباطل لا حكم له اصلاً ، فوجوده كالعدم ، كما في البدائع ، تأمل اه اقول : وفيما ذكر الطحطاوي نظر آخر ، وهو ان المراد بالعقد في قولهم « الا ان يستعمله بتأويل عقد او ملك » عقد ينبئ عن كونه استعمل المعد للاستغلال لا بنية الاجارة ، بدليل انهم مثلوا لذلك بحانوت سكنه مشتريه ثم ظهر له مستحق ، وبيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم ظهر انه لغير الراهن ، كما في الدر من كتاب الغصب ، وسيأتي في المادة (٥٩٨) وشرحها . وعلل ذلك في رد المحتار وغيره بأنه لم يسكنها ملتزماً للاجر ، ومعلوم ان العقد الباطل في مسئلتنا ليس كذلك ، بل ينبئ عن كونه استعمله ملتزماً للاجرة ، كما هو ظاهر . ولذا قال في التاتارخانية كما قدمناه في شرح الفقرة الاخيرة من المادة (٤٣٨) : لو قال رب الدار بعشرة وقال المستأجر بخمسة وتركه حتى سكن ، فهو بخمسة . ولو اصر كل واحد على مقالته ومع

ذلك سكن ، يجب اجر المثل اه فقد صرح بوجوب اجر المثل مع ان الاجارة باطلة لعدم توافق القبول والايجاب الذي هو شرط للانعقاد كما تقدم .

والحاصل انه ينبغي عدم التوقف في لزوم اجر المثل في الاستعمال . في الاجارة الباطلة اذا كان المأجور معداً للاستغلال ، كما اذا كان مال يتيم او وقف ، لما ذكرناه عن التتارخانيه . ولانه لم يسكن بتأويل ملك او عقد بني عن عدم التزامه الاجرة كما قلنا ، فاغتنم هذا التحرير الفريد ، واخلع عنك ربقة التقليد .

المادة ٤٦٠ = ❊ تفسد الاجارة لو وجدت شروط انعقادها ولم يوجد احد شروط الصحة ❊

كل ما افسد البيع مما مر في البيوع يفسد الاجارة ، كجهالة مأجور او اجرة او مدة او عمل . واستثنى من جهالة المدة اجارة السمسار والمنادي والحمامي والصكاك ، وما لا يقدر فيه الوقت ولا العمل ، فإن الاجارة فيه تجوز ، لما كان للناس فيه حاجة . وتطيب الاجرة المأخوذة لو قدر اجر المثل .

ومن فسادها لجهالة الاجرة ، ما اذا شرط علف الدابة ومرمة الدار ومغارمها والعشر او الخراج ومؤونة الرد على المستأجر ـ الا في استئجار الظئر ، فإنه يجوز بأجر معين وبطعامها وكسوتها ، ولها الوسط من ذلك ، لجريان العادة بالتوسعة على الظئر شفقةً على الولد ، فلم تكن الجهالة مفضيةً الى النزاع ، والجهالة ليست مانعةً لذاتها بل لكونها مفضية الى النزاع .

والحيلة في جواز اشتراط ما ذكر في غير الظئر ان يزيد في الاجرة قدر العلف مثلاً ، ثم يوكله ربها بصرفه اليها . ولو خاف ان لا يصدقه فيه ، فالحيلة ان يعجله الى المالك ، ثم يدفعه اليه المالك ويامره بالانفاق ، فيصير امينا .

ويفسدها ايضاً جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله ، كأن يدفع غزلاً لآخر لينسجه بنصفه ، او يستأجر بغلاً ليحمل طعامه ببعضه ، اي ببعض الطعام ، او ثوراً ليطحن بره ببعض دقيقه . والاصل في ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن

قفيز الطحان . والحيلة ان يفرز الآجر الاجرة اولاً ويسلمها للاجير . فلو خالطه بعد وطحن الكل ثم افرز الاجرة ورد الباقي ، جاز ، ولا يكون بمعنى قفيز الطحان ، اذ لم يستأجره ان يطحن بجزء منه او بقفيز منه . وبه علم بالاولى جواز ما يفعل في ديارنا من اخذ الاجرة من الحنطة والدراهم معاً ، ولا شك في جوازه - او ان يسمى قفيزاً بلا تعيين ، اي من غير ان يشترط انه من المحمول او من المطحون : فيجب في ذمة المستأجر . ثم يعطيه قفيزاً منه ، فيجوز .

وهذا بخلاف ما لو استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر ، فان الاجارة باطلة فلا اجر له اصلا ، لا المسمى ولا اجر المثل ، لان وجود هذه الاجارة ، يعني انعقادها ، يؤدي الى عدمها . وتوضيحه ان تصحيح هذه الاجارة يؤدي الى كون المؤجر شريكاً للمستأجر ، فهو عامل في التحميل لنفسه ولشريكه ، فلا اجر له ، كما سيأتي بعده . وما ادى وجوده الى عدمه باطل . وفي استيفاء المنفعة في الاجارة الباطلة لا يلزم المستأجر شيء . اقول: والظاهر انه لو كانت الدابة مثلا مال وقف او يتيم يلزم صاحب الحنطة اجر مثل تحميل طعامه كما تقدم في المادة السابقة . وكذا لو كانت معدة للاستغلال ، على ما حققناه في شرحها . وكذا يفسدها ما اذا جمع بين تعيين العمل والوقت وذكر الاجرة مؤخرة عنهما او مقدمة عليهما ، كأن استأجر خبازاً ليخبز له قفيز دقيق اليوم بدرهم او استأجره بدرهم ليخبز له قفيز دقيق اليوم ، فان الاجارة تفسد عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى لجمعه بين العمل والوقت ، ولا ترجيح لاحدهما ، فيفضي الى المنازعة ، فيقول المؤجر المعقود عليه العمل والوقت ذكر للتعجيل ، ويقول المستأجر بل هو الوقت والعمل للبيان . وعندهما تصح الاجارة ويقع على العمل وذكر الوقت للتعجيل ، تصحيحاً للعقد عند تعذر الجمع بينهما ، فترتفع الجهالة . وظاهر كلام الزيلعي ترجيح قولهما . واما لو توسط ذكر الاجرة بينهما فالمعقود عليه المتقدم ، لتمام العقد بذكر الاجرة . ثم المتأخر ان كان الوقت ، فللتعجيل . وان كان العمل ، فلبيان العمل في ذات الوقت ، فلا تفسد .

ثم ان هذا الخلاف ايضاً فيما اذا كان العمل مبين المقدار معلوماً حتى يصلح لكونه معقوداً عليه ، فيزاحم الوقت ، فيفسد العقد كما مثلنا . فلو لم يبين ، صح ،

وكان المعقود عليه الوقت ، لأن العمل لجهالة كأنه لم يذكر ، فلم يبق الا الوقت — كما اذا استأجر رجلاً ليبني له بالآجر والجص ، جاز بلا خلاف . فلو بين العمل على وجه يجوز ايراد العقد عليه بأن بين قدر البناء ، لا يجوز عند الامام ، ولذلك صح بلا خلاف لو استاجره شهراً ليرعى الغنم ، مع ان فيه الجمع بين المدة والعمل ، لأنه لم يبين قدر الغنم . وكذا يصح بلا خلاف لو قال في اليوم ، او على ان تفرغ منه اليوم . اما الاول فلأن كلمة « في » للظرف لا لتقدير المدة . فلا تقتضي الاستغراق ، فكان المعقود عليه العمل ، وهو معلوم ، بخلاف ما اذا حذفت . واما في الثاني ، فلأن اليوم لم يذكر مقصوداً كالعمل حتى يضاف العقد اليهما .

وكذا تفسد الاجارة لو استأجر بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وفيه نفع للعاقدين . فلو آجر الارض بشرط ان يردها بعد فراغ الاجارة مكروبة ، اي مفلوحة ، تفسد الاجارة بخلاف ما لو آجرها بشرط ان يحرثها ويزرعها او يسقيها ويزرعها ، فإنها لا تفسد ، لأنه شرط يقتضيه العقد . ولو شرط ان يحرثها مرتين ، فإن كانت الارض لا تخرج الريع الا بالكراب مرتين ، لا تفسد ، لما ذكرنا . وان مما تخرج بدونه ، فإن كان اثره يبقى بعد انتهاء العقد ، تفسد ، لأن فيه منفعة للموجر ، والا فلا .

ثم ان الفساد فيما اذا شرط ردها مكروبة انما يكون اذا شرط الكراب في مدة الاجارة . اما اذا قال على ان تكربها بعد مضي المدة او اطلق ، صح ، وانصرف الى الكراب بعده . ووجهه ان الكراب يكون حينئذ من الاجرة .

ولو شرط ان يكري انهارها العظام او يسرقنها بحيث يبقى اثر هذه الافعال لرب الارض ، تفسد ، لما ذكرنا . فلو لم تبق ، بأن شرط كري جداولها الصغار ، او كانت المدة طويلة ، لا تفسد ، لانه لنفع المستأجر . فهو شرط يقتضيه العقد .

وتفسد ايضاً لو استاجره لحمل طعام مشترك بينهما ، مثلاً ، ولا اجر له ، لا المسمى ولا اجر المثل ، لانه لا يعمل شيئاً لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر ، لأنه ما من جزء الا وهو شريك فيه ، فلا يتحقق تسليم المعقود

عليه ، لانه يمنع تسليم العمل الى غيره ، فلا اجر ·

وانما لم يجب اجر المثل مع ان الاجارة فاسدة ، لان اجر المثل يجب في الفاسدة اذا كان له نظير من الاجارة الجائزة ، وهذه لا نظير لها · وظاهر كلام قاضي خان في الجامع ان العقد باطل ، فعدم وجوب اجر المثل فيه ظاهر ·

وتفسد ايضاً اجارة المنفعة بالمنفعة اذا اتحد جنساً كاجارة سكنى دار بسكنى دار اخرى ، لما تقرر ان الجنس بانفراده يحرم النسأ · فلو استوفى كل منهما المنفعة وجب على كل واحد منهما لصاحبه اجرة المثل في ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى · واما لو اختلف المنفعتان جنساً كاستئجار سكنى دار بزراعة ارض ، فإنها تصح · وكذا سكنى دار بسكنى حانوت ، للاختلاف منفعة · وقيل لا يصح اهملخصاً من الدر وحواشيه ·

بقي الكلام في اجارة المشغول · وحاصله ، كما في الدر وحواشيه وغيرها ، ان المأجور ان كان مشغولا بمال المستاجر ، صحت اجارته ·

وان بمال المؤجر ، فإن امكن التفريغ والتسليم بلا ضرر فاحش ، كبيت فيه امتعة المؤجر ، صحت ويجبر على التفريغ والتسليم · والا ، كارض فيها غراسه او زرعه ، فسدت ، الا اذا قلع الغراس والزرع من نفسه وسلم ، فتنقلب صحيحة ·

وان بمال اجنبي ، فإن كان بحق بأن كان المأجور في اجاره ، فسدت ، وتعود صحيحة لو فرغ من نفسه وسلم ، او كان زرعاً فاستحصد ·

وان بغير حق ، صحت ، لا مكان التسليم بجبره على التفريغ ، ادرك الزرع اولا ·

ولو استأجر فارغاً ومشغولا ، فإن بما لا يمكن تفريغه الا بضرر او كان مشغولا بحق ، صح في الفارغ وفسد في المشغول — والا صحت بالجميع ·

❁ فروع ❁

رجل دفع الى رجل درهمين ليعمل له عملا كذا يومين من الايام ، كانت الاجارة فاسدة لجهالة الوقت — بخلاف ما اذا استأجره يوماً ، فإن ثمة انصرفت الاجارة الى اليوم الذي يلي العقد (خانية) اه

وفيها : لو استأجر دارا بعين فسكن الدار ولم يسلم العين حتى هلك ، كان عليه اجر المثل ، بالغًا ما بلغ اه وفيها : ولو اشترى عقاراً فآجره قبل القبض ، لا يجوز . وقيل : هو على الخلاف في بيع العقار قبل القبض اه .

وفي الهندية : دفع بقرة الى رجل على ان يعلفها وما يكون من اللبن والسمن بينهما انصافًا ، فالاجارة فاسدة ، وعلى صاحب البقرة للرجل اجر قيامته وقيمة علفه ان علفها من علف هو ملكه ، لا ما سرحها في المرعى . ويرد كل اللبن ان كان قائمًا ، وان اتلف ، فالمثل ، الى صاحبها ، لان اللبن مثلي . وان اتخذ من اللبن مصلا ، فهو للمتخذ ، ويضمن مثل اللبن لانقطاع حق المالك بالصنعة . والحيلة في جوازه ان يبيع نصف البقرة منه بثمن ويبرئه عنه ثم يأمره باتخاذ اللبن والمصل ، فيكون بينهما . وكذا لو دفع الدجاج على ان يكون البيض بينهما ، او بزر الفيلق على ان يكون الابريسم بينهما ، لايجوز ، والحادث كله لصاحب الدجاج والبذر اه .

وفيها: اذا دفع رجل الى رجل بيتًا ليبيع فيه البر على ان ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان فقبض البيت وباع فيه البر فاصاب مالا ، فإن جميع ذلك لصاحب البر ، ولصاحب البيت عليه اجر مثل البيت . ولو كان صاحب البيت دفع اليه البيت ليوءجر ويبيع فيه البر على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان ، فهذا فاسد . فإذا استوفى عمله كان على رب البيت اجر مثل عمله اه .

وفيها : واذا دفع رجل الى رجل دابة ليعمل عليها ويوءجرها على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما ، فإن آجر العامل الدابة من الناس واخذ الأجر ، كان الاجر كله لرب الدابة ، وللعامل اجر مثل عمله . وان كان لا يوءجر الدابه من الناس وانما يتقبل الاعمال من الناس ثم يستعمل الدابة في ذلك فإن الاجر يكون للعامل ، وعلى العامل اجر مثل الدابة اه .

وفيها : دفع ارضه لرجل ليغرس فيها شجراً على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين ، لم يجز ، والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر واجر ما عمل ، ولا يوءمر بقلعه . ولو كانا اكلا الغلة ، حسب من اجر الناس الاكل اه .

المادة ٤٦١ — ﴿ الاجارة الفاسدة نافذة · لكن الآجر يملك فيها اجر المثل ولا يملك الأجر المسمّى ﴾

الظاهر ان المراد بنفاذ الاجارة الفاسدة انعقادها · يعني ان الموءجر اجارة فاسدة يستحق على المستأجر اذا استعمل المأجور اجرة المثل على الوجه الآتي بيانه في المادة التالية لهذه · لان المنافع في الاجارة الفاسدة ، وان كانت لا تملك بالقبض كما يملك البيع فاسداً بالقبض ، الا انها لما كانت الاجارة منعقدة ، يجب فيها اجر المثل بالاستعمال · ولكونها منعقدة ايضاً قالوا ان المستاجر فاسداً لو آجر المأجور من غيره صحيحاً تجوز اجارته ، ويعدّ بذلك مستعملا ، فتلزمه اجرة المثل ، ولا يكون حكمه كالغاصب · لكن للموءجر الاول نقض الاجارة الثانية وأخذ المأجور ، لأنه لو باع بيعاً فاسداً ثم المشتري آجره فله ان ينقض الاجارة ، فكذا هذا — بخلاف بيع المشتري فاسداً، فإنه لا ينقض · صرح بجميع ذلك في الدر المختار وحواشيه · قال الطحطاوي : ثم ان المستأجر الثاني اذا كانت اجارته صحيحة وقد سمّى بينهما اجر ، هل يجب عليه المسمّى نظراً للتسمية وهو الظاهر ، او أجر المثل لترتبها على فاسدة ، يحرر اه — اقول: ينبغي ان لا يتوقف في وجوب المسمّى ، اذ كيف تكون الاجارة صحيحة ويجب فيها اجر المثل؟ فتدبر · وسيأتي لهذا زيادة تحقيق في شرح المادة (٥٨٨)

المادة ٤٦٢ = ﴿ فساد الاجارة ينشأ بعضه عن كون البدل مجهولا وبعضه عن فقدان شرائط الاجارة · ففي الصورة الاولى يلزم اجر المثل بالغاً ما بلغ ﴾

كون البدل مجهولاً يشمل ما اذا لم يسم بدل اصلاً ، وما اذا سمّي بدلاً

مجهولاً ، كثوب او دابة ، وما اذا سمى بدلاً بعضه معلوم وبعضه مجهول ، كما اذا آجره داره بمائة درهم على ان يرمها المستأجر ٠

ومن هذا ما اذا آجره داره بعشرة على ان لا يسكنها المستأجر ، كما في الدر تبعاً للزيلعي والبحر ٠ قال في رد المحتار : لأنه جعل الاجرة ذلك المسمى وعدم السكنى ، فصار نظير ما تقدم فيما لو استاجر بمائة درهم على ان يرمها المستاجر اه ونقل عن غاية البيان ما يدل على هذا التماثل ٠

ففي هذه الصور كلها يلزم بالاستعمال اجر المثل بالغاً ما بلغ ، لعدم ما يرجع اليه قال في رد المحتار ، بعد قوله : « لعدم ما يرجع اليه » : ولا ينقص عن المسمى اه فاعترضه المحشون بانه لا معنى له ، لان المفروض جهالة المسمى ، واجيب بان هذا مسلم فيما اذا لم يسم بدل اصلا ، و كان كل البدل مجهولا ، لا فيما اذا جهل بعض المسمى ، كإجارتها بعشرة على ان يرمها ٠ ورده في رد المحتار بقوله : اقول : لا يصح ذلك ، فانه ذكر في الخانية انه يجب في جهالته بعضاً او كلاً اجر المثل بالغاً ما بلغ ٠ فاما اذا فسد بحكم شرط فاسد ونحوه ، فلا يزاد على المسمى اه وكيف يصح ذلك مع قوله « لعدم ما يرجع اليه » اهـ ما في رد المحتار — قلت : وايضاً ينافي هذا التقييد قول صاحب التنوير تبعاً لعامة المتون بالغاً ما بلغ ، فان قيل اذا كان البعض معلوماً والبعض مجهولاً وظهر ان اجر المثل اقل من البعض المعلوم ، ينبغي ان لا ينقص الاجر عن البعض المعلوم ، لان المستاجر راض به وبزيادة عليه ، فكيف يجبر الموجر على قبض ما هو اقل ؟ بما ذكروه عند قولهم « اذا كان الفساد لا بجهالة المسمى يلزم اجر المثل ، ولا يزيد على المسمى » من التعليل برضى العاقدين ، يقال هنا ، قلنا ما نحن فيه لم يوجد فيه الا رضى المستأجر ، لم يتفقا على المسمى ، بخلاف المسألة الثانية ، لاتفاقهما ، فتأمل ٠ فان ما قاله في غاية البيان ، وتبعه في الدر ، لا يقاوم ما قاله قاضيخان ، لانه فقيه النفس لا سيما وقد اطلقت المتون قولهم « بالغاً ما بلغ »

﴿ تنبيه ﴾

قيد في رد المحتار تبعاً للسائحاني قولهم « بالغاً ما بلغ » بما اذا لم يبينه الموجر

بعد . اما اذا بينه فليس له ازيد منه . قال في الولوالجية : وان تكاري دابة الى بغداد ، ان بلغه اياها فله رضاه ، فبلغه فقال رضاي عشرون درهماً ، فله اجر مثلها ، الا ان يكون اكثر من عشرين فلا يزاد عليها ، لأن الأجر مجهول ولا يزاد على عشرين ، لانه ابرأه عن الزيادة اه .

ثم بعد مدة رأيت في الانقروية نقلاً عن القنية ، ومثله في الهندية قبيل الفصل الثالث في قفيز الطحان وما هو بمعناه ، ما يؤيد ما في الدر ، حيث قال : وفي المحيط : الاصل ان العقد اذا فسد مع كون المسمى معلوماً يجب اجر المثل لا يزاد على المسمى ، واذا فسد بجهالة المسمى او بعدمه او بعضه يجب اجر المثل بالغاً ما بلغ ، كمن استأجر منزلا بعشرة كل شهر على ان يعمره ويرمه يجب اجر المثل بالغاً ما بلغ لا ينقص عن الاجر المعلوم . حتى ان في هذه الصورة اذا كان اجر المثل خمسة يجب عشرة ، وهو المعلوم من المسمى اه وهو نص صريح ويمكن حمل ما في الخانية عليه كما لا يخفى ، لأنه ليس بعد النص الا الرجوع اليه اه منه .

﴿ وفي الصورة الثانية يلزم اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز المسمى ﴾

لرضى المتعاقدين به . وينقص عنه لفساد التسمية بفساد العقد ، لانه اذا فسد الشيء فسد ما في ضمنه (در المختار وحواشيه) اقول : وانما لم يزد على المسمى مع ان التسمية فاسدة ايضاً لأن رضى المؤجر بالمسمى يكون ابراء للمستأجر عن الزيادة ، كما سمعت التعليل بذلك آنفاً . تأمل .

واستثنى من ذلك مسئلتان : الاولى ، كما في الدر ، اذا آجر ناظر الوقف او قيم اليتيم مالهما بدون اجر المثل سواء فسدت الاجارة بذلك فقط او به وبفقد شرط من شرايط الصحة ايضاً ، فإن الواجب في ذلك اجر المثل بالغاً ما بلغ .

الثانية ، ما في رد المحتار عن البزازية ، استأجرها على عين مسماة وسكن الدار وهلكت العين قبل التسليم او استهلكها المستأجر ، يجب اجر المثل بالغاً ما بلغ — بخلاف ساير الاجارات ، فإنه لا يزاد فيه على المسمى اه .

فهاتان المسئلتان المسمى فيها معلوم ووجب الأجر بالغاً ما بلغ . واما مسئلة ما اذا استأجر الدار بعشرة على ان لا يسكنها المستأجر ، فهي من القسم الاول ، وهو ما جهل فيه الاجرة كما تقدم ، لا مما نحن فيه حتى تكون مستثناة ، فافهم .

الباب الثالث

في بيان المسائل التي تتعلق بالأجرة ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

— في بدل الاجارة —

المادة ٤٦٣ — ﴿ ما صلح ان يكون بدلا في البيع يصلح ان يكون بدلا في الاجارة ﴾

لان الاجرة ثمن المنفعة ، فتعتبر بثمن المبيع (بحر)

وعبر بالبدل دون الثمن ليشمل الاعيان ، فإنها تصلح بدلاً في المقايضة ، فتصلح اجرة .

ثم ان هذا لا ينعكس كلياً ، فلا يقال كل ما لا يجوز ان يكون ثمناً لا يجوز اجرة ، لأن بعض ما لا يصح ثمناً يصح اجرة ، والى هذا اشار بقوله :

﴿ ويجوز ان يكون بدلا في الاجارة الشيء الذي لم يصلح ان يكون ثمناً في البيع . مثلا يجوز ان يستأجر بستان في مقابلة ركوب دابة او سكنى دار ﴾

فإن كلاً من منفعة الركوب والسكنى لا تصلح بدلاً في البيع، وتصلح بدلا في الاجارة . اشار بهذا المثال الى ان شرط جواز كون المنفعة بدلا في الاجارة ان تكون تلك المنفعة من غير جنس منفعة المأجور ، كالمثل ، وكاستئجار دار بزراعة ارض وكاستئجار البقر بالحمير . واما اذا اتحدا جنساً فلا تجوز ، لما تقرر ان اتحاد الجنس يحرم النسأ ، كاجارة سكنى دار بسكنى دار اخرى ، ومثلها اللبس

باللبس ، والركوب بالركوب . واختلف في سكنى دار بسكنى حانوت ، فقيل تصح لاختلاف المنفعتين ، وقيل لا ، كما قدمناه في شرح المادة (٤٦٠) قبيل الفروع .

المادة ٤٦٤ = ﴿بدل الاجارة يكون معلوماً بتعيين مقداره ان كان نقداً كثمن المبيع﴾

انما يكتفى بتعيين المقدار اذا وقع عقد الاجارة على مبلغ من القروش . اما اذا وقع على مبلغ من الدنانير المسماة في زماننا بالليرات ، او الدراهم المسماة بالريالات ، كما لو استأجر حانوتاً سنة بعشرة ليرات او خمسين ريالاً ، ففي الاول لا بد مع تعيين المقدار من بيان الصفة ، والا كانت الاجارة فاسدة ، لأن الليرات مختلفة في القيمة متحدة في الرواج ، كالليرة العثمانية والانكليزية والفرنساوية وغيرها . وفي الثاني يكتفى ببيان المقدار ، كالعقد على القروش ، لأن الريال الرائج في بلادنا واحد ، وهو المجيدي ، فينصرف المطلق اليه . فلو كانت الاجارة في بلدة تتخذ فيه جميع انواع الريال من مجيدي وعامود وشوشي واستوت في الرواج مع اختلاف تلك الانواع قيمة كما هو في سكة المشرفة ، يلزم بيان الصفة ايضاً ، والا فسدت الاجارة . قال في الهندية : ان كان الاجر دراهم او دنانير فلا بد من بيان القدر انه كذا ، وبيان الصفة انه جيد او رديء . ويقع على نقد البلد ان كان في البلد نقد واحد . وان كان في البلد نقود مختلفة ، فإن كانت في الرواج على السواء ولا فضل للبعض على البعض ، فالعقد جائز ويعطى المستأجر اي النقود شاء . وان كانت الاجرة مجهولة ، لأن هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة . وان كانت النقود في الرواج على السواء وللبعض فضل على البعض ، فالعقد فاسد . وان كان احدهما اروج ، فالعقد جائز وينصرف الى الاروج . وان كان للآخر فضل عليه ، بحكم العرف اهـ .

ولا بد لك من مراجعة مواد الفصل الاول من الباب الثالث من كتاب البيوع مع شرحها ليتضح لك المقام ، وينكشف عن وجوه مخدراته اللثام .

المادة ٤٦٥ = ☼ يلزم بيان مقدار بدل الاجارة ووصفه ان كان من العروض او المكيلات او الموزونات او العدديات المتقاربة ☼

وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : اذا كانت الاجرة فلساً فغلا او رخص قبل القبض ، فللآجر الفلس لا غير . وان كسد ، فعليه قيمة المعقود عليه . وكذلك كل شيء مما يكال او يوزن مما ينقطع اذا استأجر بشيء منه وحل اجله قبل انقطاعه ، فهو مثل الفلس (هندية عن المحيط)

واعلم ان بيان المقدار والوصف فيما ذكر في هذه المادة ، او بيان المقدار فيما ذكر في المادة التي قبلها ، انما يلزم اذا كانت الأجرة غائبة . اما اذا كانت حاضرة في المجلس ، فتكفي الاشارة اليه ، ولا حاجة الى بيانه بوجه آخر ، كما هو حكم ثمن المبيع الموضح في المادة (٢٣٩) ثم لو اراه المستأجر دراهم وقال استأجرته بهذه فوجدها زيوفاً او نبهرجة ، كان له ان يرجع بالجياد ، لأن الاشارة للدراهم كالتنصيص عليها ، وهو ينصرف الى الجياد . ولو وجدها ستوقه او رصاصاً ، فسدت الاجارة ، وعليه القيمة ان كان اتلفها ، كما هو الحكم في ثمن المبيع ، كما قدمناه في شرح المادة المذكورة ، فليراجع .

وفي الهندية : ولا يحتاج الى بيان الأجل ، فإن بيّن صار مؤجلا كالثمن في البيع . وان كانت ، اي الاجرة ، عروضاً او ثياباً ، يشترط فيه بيان القدر والصفة والاجل ، لانها لا تثبت في الذمة الا سلماً فيراعى فيها شرايط السلم وان كانت من العبيد والجواري وسائر الحيوانات فلا بد فيها من ان تكون معينة مشاراً اليها .

☼ ويلزم تسليم ما يحتاج الى الحمل والمؤونة في المحل الذي شرط تسليمه فيه . وان لم يبين مكان التسليم فالمأجور ان كان عقاراً يسلم في المحل الذي هو فيه . وان كان عملا ففي محل عمل الاجير . وان كان

حمولة ففي مكان لزوم الاجرة · واما في الاشياء التي ليست محتاجة الى الحمل والمؤونة ففي المحل الذي يختار للتسليم ✻

عبارة الهندية : واذا كانت للاجرة حمل ومؤنة ولم يبين موضع الايفاء ، فسدت الاجارة في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما لا تفسد ، ويدفع حيث الارض والدار ، وفي الحمولة حيث ما وجب له ، يعني كلما حمل من المسافة يأخذ حصته من الاجرة ، وفي العمل حيث يوفيه العمل · فإن طالبه في موضع آخر لم يكلف بل يستوثق منه ليوفيه في موضعه · فإن لم يكن لها حمل ومؤنة آخذ به حيث شاء (كذا في محيط السرخسي) وبه يعلم ان قوله « في المحل الذي يختار للتسليم » المراد منه المحل الذي يختاره مستحق الاجرة ·

– الفصل الثاني –

✻ في بيان المسايل المتعلقة بسبب لزوم الاجرة ✻

« وكيفية استحقاق الآجر الاجرة »

المادة ٤٦٦ = ✻ لا تلزم الاجرة بالعقد المطلق يعني لا يلزم تسليم بدل الاجارة بمجرد انعقادها حالا ✻

هذا معنى قولهم « لا تملك الاجرة بالعقد » كما في البحر · والمراد بالعقد المطلق الذي لم يذكر فيه اشتراط تعجيل الاجرة · وانما لا يلزم تسليم الاجرة حينئذ لان العقد وقع على المنفعة ، وهي تحدث شيئاً فشيئاً · وشأن البدل ان يكون مقابلا للمبدل · وحيث لا يمكن استيفاؤها حالاً لا يلزم بدلها حالاً ، الا اذا شرطه ولو حكماً بأن عجله ، لانه صار ملتزماً له بنفسه حينئذ وابطل المساواة التي اقتضاها العقد ، فصح (كذا في رد المحتار)

ولا فرق في ذلك بين ان تكون الاجرة عيناً او ديناً على ما هو الصحيح ، كما في الحموي عن الذخيرة .

وتفرع على عدم لزوم الاجرة في العقد المطلق انه لا يعتق قريب المؤجر لو كان اجرة ، ولا يملك المطالبة بتسليم الاجرة للحال (طحطاوي) لا يقال : يصح الابراء من الاجرة بعد العقد ، فلو لم تكن لازمة لما صح ، وكذا يصح الارتهان والكفالة . وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ، ليس لها الامتناع من تسليم نفسها ، لانا نقول لا يصح الابراء عند ابي يوسف لعدم وجوبه كالمضاف ، بخلاف الدين المؤجل ، لانه ثابت في الذمة . والجواب على قول محمد انه وجد سبب وجوبه ، فجاز ابراؤه بعد وجود السبب ، كالعفو عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة ، فلا تشترط حقيقة الوجوب .

وانما لم يكن للمرأة حبس نفسها بعد تسليم الدار اليها ، لانه او في ما سمى لها برضاها ، فصار كما اذا اجلت المهر كله (ابو السعود عن الزيلعي)

﴿ تتمة ﴾

قال في الهنديه : وتجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة في عاجلها وآجلها ، سواء كانت الاجرة واجبة وقت الكفالة باستيفاء المنافع او باشتراط التعجيل ، او لم تكن واجبة ، ويكون على الكفيل مثل ما على الاصيل ان لم يشترط خلافه في تعجيل او تأجيل . وان عجل الكفيل بالاجر ، لم يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل . وليس للكفيل ان ياخذ المستأجر بالاجر حتى يؤديه ولكنه ان لزمه صاحبه فله ان يلزم المكفول عنه حتى يفكه او يؤديه عنه .

ولو اختلف الآجر والكفيل والمستأجر في مقدار الاجرة فقال الكفيل هو درهم وقال الآجر هو درهمان وقال المستاجر هو نصف درهم ، فالقول قول المستأجر لانكاره الزيادة ، ويؤخذ الكفيل بدرهم . ولو اقاموا جميعاً البينه ، فالبينه للآجر . ولو اقام الطالب بينه يأخذ ايهما شاء . وان كانت الاجرة شيئاً بعينه بان كانت ثوباً بعينه وكفل به كفيل ، فهو جائز . وان هلك الثوب عند المستأجر بريء الكفيل ويقضي على المستاجر بأجر المثل اه وتمام مسايل الكفالة فيها وفي البزازية

المادة ٤٦٧ - ﴿ تلزم الاجرة بالتعجيل يعني لو سلم للمستأجر لاجرة نقداً ملكها الآجر وليس للمستأجر استردادها ﴾

وكذا لو كانت الاجرة عيناً فاعارها المستأجر او اودعها من المؤجر، فهو كالتعجيل (هندية)

وفي رد المحتار، عن الطوري : لو باعه بالاجرة عيناً وقبض، جاز لتضمنه تعجيل الاجرة اه اي فتقع المقاصة بينهما . فان تعذر ايفاء العمل، رجع بالدراهم دون المتاع (بحر)

ثم ان لزوم الاجرة بالتعجيل فيما اذا كانت الاجارة منجزة، ظاهر . واما اذا كانت مضافة، فقد ذكر في الهندية عن الغياثية ان الحكم كذلك، حيث قال : ولا تملك الاجرة باشتراط التعجيل في الاجارة المضافة، وتملك بالتعجيل . لكن ذكر كل من (ط) وابن عابدين في حاشيتيهما على الدر، عند قول الشارح «اما المضافة فلا تملك فيها الاجرة» ما هو صريح بأن الاجرة في الاجارة المضافة لا تملك بالتعجيل، فليتأمل .

المادة ٤٦٨ . ﴿ تلزم الاجرة بشرط التعجيل . يعني لو شرط كون الأجرة معجلة يلزم المستأجر تسليمها ان كان عقد الاجارة وارداً على الاعيان او على العمل . ففي الصورة الاولى للآجر ان يمتنع عن تسليم المأجور . وفي الصورة الثانية للاجير ان يمتنع عن العمل الى ان يستوفيا الاجرة . وعلى كلتا الصورتين لهما مطالبة الاجرة نقداً . فان امتنع المستأجر عن الايفاء فلهما فسخ الاجارة ﴾

عبارة البحر هكذا : فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين المؤجرة

عنه ، وله حق الفسخ ان لم يعجل له المستأجر . كذا في المحيط . لكن ليس له بيعها قبل قبضها اه قال ط : وانظر كيف جاز هذا الشرط مع انه مخالف لمقتضى العقد وفيه نفع احدهما . واجاب عنه في رد المحتار بأن هذا الشرط في الحقيقة اسقاط لما استحقه المؤجر من المساواة التي اقتضاها العقد ، فهو كاسقاط المشتري حقه في وصف السلامة في المبيع ، واسقاط البايع تعجيل الثمن بتأخيره عن المشتري ، مع ان العقد اقتضى السلامة وقبض الثمن قبل قبض المبيع ، تأمل اه .

واعلم ان اشتراط تعجيل الأجرة انما يصح في الاجارة المنجزة . واما في المضافة ، فلا يصح اجماعاً ، بل يكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شيء . ، لأن امتناع وجوب الاجرة فيها بالتصريح بالاضافة الى المستقبل ، والمضاف الى وقت لا يكون موجوداً قبله ، فلا يتغير هذا المعنى بالشرط — بخلاف المنجزة ، لأن العقد اقتضى المساواة ، وليس بمضاف صريحاً ، فيبطل ما اقتضاه بالتصريح بخلافه (افاده في الدر وحواشيه)

ثم ان هذه المادة والتي قبلها مقابلتان للمادة (٤٦٦) لا انهما مخصصتان لعمومها كما زعم الشارح سليم باز ، لما علمت من ان موضوع كل واحدة مخالف لموضوع الاخرى ، فتلك موضوعها ان العقد مطلق عن الشرط وانه لم يحصل التعجيل فعلاً . ينبيء عن هذا قوله فيها « يعني الخ » وموضوع ما بعدها حصول التعجيل بالفعل . وموضوع الاخيرة ان العقد غير مطلق ، بل مشترط فيه التعجيل ، فافهم .

المادة ٤٦٩ — ﴿ تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة . مثلا لو استأجر احد دابة ليركبها الى محل ثم ركبها ووصل الى ذلك المحل ، يستحق آجرها الاجرة ﴾

قال العلامة الطوري ، عند قول صاحب الكنز « والاجر : لا تملك بالعقد بل بالتعجيل او شرطه او بالاستيفاء للمنفعة او بالتمكن منه » ما نصه : والظاهر من اطلاق المؤلف رحمه الله تعالى ان الاجرة تجب باستيفاء المنفعة سواء كان

ذلك في مدة الاجارة او بعد مدة الاجارة ، وسواء استأجرها ليركبها في المصر او خارجه . ويخالفه ما ذكره بعض العلماء حيث قال : ولو ذكر مدة ومسافة فركبها الى ذلك المكان بعد مضي المدة ، لم تجب الاجرة اه — اقول : ما ذكره من عدم لزوم الاجرة فيما لو استوفى المنفعة بعد مضي المدة او في غير المكان المضاف اليه العقد ، مسلم . فقد ذكر في الفصل الثالث والثلاثين من الفصولين : استأجر حماراً الى قرية ذاهباً وجائياً على ان يرجع في يومه ولم يرجع ورجع في الغد ، عليه نصف الأجر للذهاب ، لا للرجوع ، اذ خالف فيه ، فيضمن لو تلف اه :

وفيه ايضاً : ولو استأجرها ليذهب الى مكان كذا فركبها في المصر في حوائجه او امسكها فيه ولم يركب ، ضمن ولا اجر . ولو ليركبها في المصر يوماً الى الليل فأمسكها ولم يركب ، يجب الأجر ولا يضمن اه .

وفي الانقروية عن الخزانة : استكرى دابة بأربعة دراهم على ان يرجع في يومه فلم يرجع الى خمسة ايام او اكثر ، يجب عليه درهمان ، اجر الذهاب لأنه خالف في الرجوع اه وسيأتي نظيره في المادة (٥٤٥) والمادة (٥٤٦)

لكن هذا لا يخالف اطلاق صاحب الكنز وغيره من المتون ، لأن المراد من المنفعة التي تجب الاجرة باستيفائها في عباراتهم المنفعة المعقود عليها . على ان لفظ الاستيفاء ينبيء عن ذلك كما لا يخفى . وقد صرح بذلك في الدرر وفي شرح مسكين على الكنز وفي متن الملتقى : ومعلوم ان المنفعة المستوفاة بعد مضي المدة او في غير المكان المضاف اليه العقد غير معقود عليها ، فصار باستيفائها غاصباً ، ومنافع الغصب غير مضمونة ، الا في مال الوقف واليتيم والمعدّ للاستغلال . حتى لو هالك المأجور في يده يكون ضامناً ، وقد علمت انه لا اجر مع الضمان .

ولما ذكرنا من عدم المخالفة لم نرَ احداً من الشراح قيد اطلاق المتون بما اذا حصل استيفاء المنفعة في المدة وفي المكان المضاف اليه العقد . نعم جعلوا ذلك قيداً لقول الهداية « واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكن » فقول الطحطاوي ، عند قول صاحب التنوير « او الاستيفاء للمنفعة » هذا مقيد بما اذا استوفى في المدة الخ غير محرر ، ولهذا لم يتابعه العلامة ابن عابدين ، ولم يعرج على ماذكره الطوري هنا ، فافهم.

المادة ٤٧٠ — ﴿ تلزم الاجرة ايضاً في الاجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة . مثلاً لو استأجر احد داراً باجارة صحيحة فبعد قبضها يلزمه اعطاء الاجرة وان لم يسكنها ﴾

سيأتي محترز التقييد بكون الاجارة صحيحة في المادة التالية . ولا بد لهذه المسألة من قيدين آخرين . احدهما ان يكون التمكن من استيفاء المنفعه في المدة التي ورد عليها العقد . الثاني ان يكون في المكان الذي اضيف اليه العقد ، كما في جامع الفصولين والخلاصة وغيرها . قال في الهندية : فاما اذا لم يتمكن من الاستيفاء اصلاً او تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي اضيف اليه العقد او تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد خارج المدة ، لا يجب الأجر . حتى ان من استأجر دابةً يوماً لاجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم ، فإن استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد . وان استأجرها للركوب خارج المصر الى مكان معلوم ، لا يجب الاجر اذا حبسها في المصر . وان ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب ، يجب الأجر . وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة ، لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد ، لانه تمكن بعد مضي المدة . كذا في الذخيرة اه

واستفيد من لفظ الاقتدار انه لو منعه المالك او الاجنبي او سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الاجرة ، كما صرح به في رد المحتار عن النهاية .

وفي الهندية عن محيط السرخسي : فإن عرض في المدة ما يمنع الانتفاع كما اذا غصبت الدار من المستأجر او غرقت الارض المستأجرة او انقطع عنها الشرب او مرض العبد او ابق ، سقطت الاجرة بقدر ذلك اه .

وفي الاشباه : الغصب يسقط الأجر عن المستأجر ، الا اذا امكن اخراج

الغاصب بشناعة او بحماية ، كما في التتارخانية والقنيـة اهـ — اي فانها لا تسقط ان لم يخرجه ، لأنه مقصر بعدم الاخراج مع امكانه (حموي) واما لو لم يمكن اخراجه الا بانفاق مال، فلا يلزمه ، كما في القنية وغيرها (رد المحتار) ومحله ، اي سقوط الاجر ، اذا غصب منه في جميع المدة . وان غصبه في بعضها ، يسقط بحسابه كما في الزيلعي اهـ (حموي)

ولو انكر المؤجر الغصب وادعاه المستاجر ولا بينة له ، يحكم الحال : فإن كان فيها المستأجر حال المنازعة ، فالقول للمؤجر . وان كان فيها غير المستاجر، فالقول للمستاجر، ولا اجر عليه . فهي كمسئلة الطاحونة التي ستأتي في المادة (١٧٧٦)

ولا يقبل قول الساكن في مسئلة الغصب . يعني لو آجره الدار وفيها شخص ساكن وخلى بينه وبينها فقال بعد المدة منعني الساكن ، ولا بينة له ، والساكن مقر او جاحد ، لا يلتفت الى قوله ، لانه شاهد على الغير او مقر ، وشهادة الفرد والاقرار على الغير لا يقبل ، فبقي الاختلاف بينهما ، فينظر : ان كان الساكن وقت المنازعة هو المستأجر ، فالقول للمؤجر . وان كان الساكن غيره، فللمستاجر (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ٤٧١ — ※ لا يكفي في الاجارة الفاسدة التمكن من استيفاء المنفعة ، ولا تلزم الاجرة ان لم يحصل الانتفاع حقيقة ※

قال في الفصل الثلاثين من جامع الفصولين : لا يجب الاجر في الاجارة الفاسدة بمجرد تمكن المستاجر من الانتفاع ، بشرط ان يوجد التسليم الى المستاجر من جهة الآجر اهـ اما اذا لم يوجد من جهته ، فلا اجر وان استوفي المنفعة (رد المحتار عن الاتقاني)

وبيانه كما في الهندية عن المحيط ، فيما ذكر في الجامع : رجل اشترى من آخر عبداً فلم يقبضه حتى آجره من البايع شهراً ، كانت الاجارة باطلة . فإن استعمله البايع بحكم الاجارة ، لا يلزمه الاجر اهـ وقدمناه في شرح المادة (٤٤١)

عن الاشباه تبعاً لظاهر الاسعاف ، وعن البحر نقلاً عن الذخيرة ، ان الوقف خارج عن هذا الحكم ، فتجب اجرته في الفاسدة بمجرد التمكن ، على ما عليه المتأخرون . وقدمنا هناك ايضاً ان العلامة بن عابدين نقل في حاشيته على البحر ما يفيد ان مال اليتيم له حكم الوقف ، فليراجع .

وقد ذكر في رد المحتار ان ما تعقب به العلامة البيري للاشباه بما نقله عن اوقاف الناصحي وعن الاجناس من ان مستاجر ارض الوقف او داره اجارة فاسدة اذا لم يزرعها او يسكن الدار فلا شيء عليه ، لا يخالف مفهوم كلام الاسعاف ، لاحتمال انه مبني على مذهب المتقدمين . فما ذكره العلامة الطحطاوي من انه لا تردد في ان حكم الفاسد لا يتغير وان كان مال وقف او يتيم ، فيه تردد ، بل نظر ظاهر ، فتنبه .

المادة ٤٧٢ — ✵ من استعمل مال غيره بدون عقد وبلا اذنه فان كان معداً للاستغلال تلزمه اجرة المثل والا فلا ✵

ومثل المعد للاستغلال في هذا الحكم مال الوقف ومال اليتيم ، ولم يذكرا هنا اعتماداً على ذكرهما في المادة (٤٥٩) كما انه لم يذكر المعد للاستغلال في تلك المادة اعتماداً على ذكره هنا ، لان العقد الباطل المذكور هناك له حكم المعدوم كما تقدم . فمن استعمل الدار بعد الاجارة الباطلة كمن استعملها بلا عقد ، ففي المادتين المذكورتين شبه الاحتباك . وهذا التقرير بناء على ما حررناه في شرح تلك المادة من ان المعد للاستغلال اذا استعمل بعد العقد الباطل تلزم المستعمل اجرته ، لا على ما بحثه العلامة الطحطاوي كما نقلناه عنه هناك ، وتقدم التنظير فيه ، فليراجع .

هذا واعلم ان مال الوقف واليتيم يلزم المستعمل اجرتهما مطلقاً ، اي وان كان استعمالهما بتأويل عقد او ملك — بخلاف المعد للاستغلال ، فانه انما تلزم اجرته ان لم يكن استعماله بتأويل عقد او ملك ، كما سيأتي التصريح به في

المادة (٥٩٦) وما يليها .

﴿ تتمة ﴾

من صور استعمال مال الغير بلا عقد ما اذا استاجر داراً شهراً فسكنها المستاجر شهرين ، لزم الاجر المسمى عن الشهر الأول ، واجر المثل عن الثاني ان كانت معدة للاستغلال ، والا فلا اجر عن الثاني . وكذا لو استعمل المأجور في غير المدة التي اضيف اليها العقد او في غير المكان الذي وقع عليه العقد ، كما تقدم في شرح المادة (٤٦٩) والمادة (٤٧٠)

﴿ لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال الاجرة وان لم يكن معداً للاستغلال يلزمه اعطاء الأجرة . لأنه باستعماله في هذا الحال يكون راضياً باعطاء الأجرة ﴾ :

اي المسماة ، لما في الاشباه : السكوت في الاجارة رضى وقبول اهـ وقد قدمنا تحقيق هذه المسئلة ومتفرعاتها في شرح المادة (٤٣٨) فلتراجع . وسيأتي لها ايضاً كلام في شرح المادة (٥٩٦)

المادة ٤٧٣ = ﴿ يعتبر ويراعى كل ما اشترط العاقدان في تعجيل الاجرة وتأجيلها ﴾

لما تقدم في المادة (٨٣) من انه يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان . قال في العناية : واعترض بأن شرط التعجيل فاسدٌ لأنه يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وله مطالب ، فيفسد العقد . والجواب ان كونه مخالفاً ، اما ان يكون من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة . والاول مسلم ، وليس شرط التعجيل باعتباره . والثاني ممنوع ، فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالف من حيث المعاوضة (افاده الطوري) اقول : وقدمنا في المادة (٤٦٨) هذا الاعتراض

بعينه عن الطحطاوي . وجواب الفاضل بن عابدين عنه بغير هذا ، فليراجع .

المادة ٤٧٤ = ❊ اذا شرط تاجيل البدل يلزم على الآجر تسليم المأجور وعلى الاجير ايفاء العمل . والاجرة لا تلزم الا بعد انقضاء المدة التي شرطت ❊

هذا اذا كانت مؤجلة الى اجل واحد . واما في المنجمة ، فكلما مضى نجم يلزم دفع حصته .

وقوله « يلزم على الآجر اولاً تسليم المأجور » يعني اذا كانت الاجارة واردة على منافع الاعيان . وقوله « وعلى الاجير ايفاء العمل » يعني اذا كانت واردة على العمل .

المادة ٤٧٥ — ❊ يلزم الآجر اولا تسليم المأجور وعلى الاجير ايفاء العمل في الاجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل على كل حال يعني ان كان عقد الاجارة على منافع الاعيان او على العمل ❊

حاصل ما تضمنه هذه المادة والتي قبلها انه لا فرق في لزوم تسليم المأجور وايفاء المنفعة اولاً ، اي قبل دفع الاجرة ، بين ان يكون عقد الاجارة مطلقاً عن اشتراط التعجيل والتأجيل ، او مشروطاً فيه التأجيل . كما انه لا فرق في ذلك بين ان يكون العقد وارداً على منافع الاعيان ، او على العمل .

غير انه في صورة اشتراط التأجيل ، تلزم الاجرة عند حلول الاجل ، بشرط ان يوجد المأجور واستيفاء العمل اولاً .

واما في صورة اطلاق العقد ، فذكر في رد المحتار ان ابا حنيفة كان اولا يقول : لا يجب شيء من الاجرة ما لم يستوف جميع المنفعة او العمل ، لأنه المعقود عليه ، فلا يتوزع الاجر على الاجزاء ، كالثمن في المبيع . ثم رجع فقال: ان وقعت الاجارة على المدة كما في اجارة الدار والارض ، او قطع المسافة كما في الدابة ، وجب بحصته ما استوفى لو له اجرة معلومة بلا مشقة . ففي الدار لكل يوم ، وفي المسافة لكل مرحلة . والقياس ان يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقاً للمساواة ، لكن فيه حرج . وان وقعت على العمل ، كالخياطة والقصارة ، فلا يجب الأجر ما لم يفرغ منه فيستحق الكل ، لأن العمل في البعض غير منتفع به اه فاذا عمل البعض ولم يفرغ ، لم يجب شيء — الا اذا عمل ذلك البعض في بيت المستأجر فانه يجب الاجر بحسابه على ما عليه اكثر المشايخ ، خلافاً لما في الهداية .

واما تسليم المستأجر فيه بعد الفراغ من جميع العمل ، فهو شرط لتقرر الاجرة بحيث لا تسقط بعد هلاك المستأجر فيه ، كما حققنا ذلك ، مما لا مزيد عليه في شرح المادة ٤٢٤ فافهم .

المادة ٤٧٦ = ※ اذا كانت الاجرة موقتة لوقت معين كالشهرية او السنوية مثلا يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت ※

الظاهر ان ايراد هذه المادة لبيان ما اذا كانت الاجرة منجمة ، كما اذا آجره الدار عشر سنوات او عشرة اشهر بألف على ان يدفع بعد كل شهر او سنة ماية ، فانه عند انقضاء كل سنة او شهر يلزمه ماية — فلا يرد انها مكررة مع المادة (٤٧٤) لأنها لبيان ما اذا كانت الاجرة مؤجلة لوقت واحد . ويمكن ان يكون ايرادها لبيان انه لو آجره الدار عشر سنوات او عشرة اشهر كل سنة او كل شهر ماية ، فانه انما يلزمه الدفع عند انقضاء كل سنة او كل شهر ، وليس للمؤجر مطالبته في اثناء السنة او الشهر ، تأمل .

ح — ٢

لماده ٤٧٧ = ❊تسليم المأجور شرطٌ في لزوم الاجرة . يعني تلزم الاجرة اعتباراً من وقت التسليم . فعلى هذا ليس للآجر مطالبة اجرة مدة مضت قبل التسليم . وان انقضت مدة الاجارة قبل التسليم لا يستحق الآجر شيئاً من الاجرة❊

سيأتي في المادة (٥٨٢) ايضاح المراد بتسليم المأجور . ثم اعلم ان المراد من لزوم الاجرة على المستأجر في المادة (٤٦٨) وجوب تسليمها للمؤجر . والمراد منه في هذه المادة تقررها عليه . فوجوب دفع الاجرة على المستأجر شيء ، وتقرر الاجرة عليه شيء آخر . فلا يرد انه كيف يكون تسليم المأجور شرطاً للزوم الاجر وقد تقدم في تلك المادة انه باشتراط التعجيل تلزم الاجرة قبل تسليم المأجور.

وتوضيح ذلك انه لو شرط تعجيل الأجرة يجب على المستأجر دفعها قبل ان يستلم الماجور ، لكنها لا تتقرر عليه الا بعد استلامه اياه ، فتتقرر عليه الاجرة شيئاً فشيئاً الى ان يستوفي المنفعة ولو بالتمكن منها في جميع المدة المعقود عليها ، حتى لو عجل الاجرة ومضت المدة المعقودة عليها الاجارة ولم يحصل التسليم ، رجع بما عجله لعدم تقرر الاجرة عليه . ولو عجلها ثم بعد مضي نصف المدة المعقود عليها مثلاً انتقضت الاجارة ، رجع بحساب ما بقي من المدة . وكذا لو عجلها وبعد مضي نصف المدة مثلاً حصل تسليم المأجور ، رجع بحساب ما مضى من المدة لعدم تقرره عليه . وكذا لو استاجر الدار شهراً واشترط تأجيل الاجرة الى سنة واستلم المأجور شهراً ، تقررت الاجرة عليه ولا يلزم دفعها حتى يحل الاجل . والحاصل ان لزوم الدفع لا ينافي عدم التقرير .

المادة ٤٧٨ = ❊لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الاجرة . مثلاً لو احتاج الحمام الى التعمير وتعطل في اثناء تعميره تسقط

حصة تلك المدة من الاجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت يسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء ❋

وكذا لو طغى الماء وزاد على الطاحون زيادة منعته عن التمكن من الانتفاع كما افتى به في الحامدية تبعاً للخيرية .

وخرج باشتراط فوت الانتفاع بالكلية، ما لو نقص الانتفاع ، فإنه حينئذ لا يسقط الاجر بل يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه تمكن من الانتفاع بالمأجور بصفة النقصان ، كما سيأتي تحقيقه في الفصل الثالث من الباب الخامس .

ثم ان سقوط الاجرة عن المدة التي فات فيها الانتفاع بالكلية ليس لانفساخ العقد ، بل لعدم تمكن المستأجر من استيفاء المنفعة ، كالو غصب المأجور غاصب، لأن الاصح ان العقد بفوات المنفعة لا ينفسخ حتى يفسخه المستأجر . ولهذا لو اعاد المؤجر عمارة الدار وجرى الماء للطاحون قبل الفسخ وبقي شيء من المدة ، كان للمستأجر ان يستوفي المنفعة بقية المدة ، ولم يكن للآخر ان يمنعه . وكذا ليس للمستأجر ان يفسخ العقد حينئذ لزوال السبب قبل الفسخ .

ثم اذا اراد المستأجر فسخ الاجارة قبل ارتفاع العارض ، فله الفسخ من غير حضرة رب الدار . واما ما ذكره الشارح سليم باز من ان الاجارة لا تنفسخ ما لم يفسخها المستأجر بحضور المؤجر ، ونقله عن الدر المختار ، ففيه ان ذاك فيما اذا نقصت المنفعة ، كما اذا سقط بعض الدار مثلا ، لا فيما اذا فاتت بالكلية . قال في الهندية : والدار اذا انهدم بعض بنائها او سقط حائط يضر بالسكنى ، فللمستأجر الخيار : فإن شاء استوفى المنفعة مع العيب ويلزمه جميع البدل ، وان شاء نقض العقد . فإن بنى الآجر الحائط قبل فسخ المستأجر العقد، لم يكن للمستأجر حق الفسخ لزوال العيب ، كما لو برأ العبد قبل الفسخ . واذا اراد المستأجر فسخ العقد قبل ارتفاع العارض ، فانما يكون له الفسخ بحضرة رب الدار ، فإن كان غائباً ليس له ان يفسخ . ولو خرج من الدار حال غيبة الآجر فعليه الأجر كما لو سكن، لان العقد باقٍ وهو متمكن من استيفاء المنفعة

مع التغيير . وان انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير حضرة رب الدار ، لكن الاجارة لا تنفسخ ، لأن الانتفاع بالعرصة ممكن . اليه ذهب خواهر زاده .

وفي اجارات شمس الائمة : اذا انهدمت الدار كلها ، الصحيح انه لا ينفسخ ، لكن سقط الأجر عنه ، فسخ او لم يفسخ اه وسيأتي لهذا زيادة توضيح في شرح المادة (٥١٨) فافهم .

ثم اعلم ان ما قدمناه في شرح المادة (٤٤٣) من انه لو استأجر طباخاً لوليمة عرس فمات العروس او ظن ان في بناء داره خللاً فاستأجر رجلاً لهدم البناء ثم ظهر انه ليس في البناء خلل او استأجره لقلع سنه فزال الم السن او استأجر دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد آبق له ، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الاباق ، تنفسخ الاجارة في جميع هذه المسائل بلا فسخ ، لا يعارض ما هنا ، لأن ما هناك قد فات فيه الغرض الذي كانت الاجارة لأجله فانفسخت بلا فسخ ، وما هنا قد فاتت فيه المنفعة المعقود عليها فسقطت الاجرة بفواتها وان لم ينفسخ الاجارة بلا فسخ ، فليتنبه للفرق .

❋ فروع ❋

المؤجر اذا نقض الدار المستأجرة برضى المستأجر او بغير رضاه ، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة . ولا تنتقض الاجارة بغير فسخ ويسقط الأجر عن المستأجر ، وهو كما لو غصبه غاصب ، كان له ان يفسخ الاجارة ولا يلزمه الأجر ولا تنتقض الاجارة . اليه اشار في الأصل . وعن محمد رحمه الله تعالى اذا انهدمت الدار المستأجرة وبناها الآجر فاراد المستأجر ان يسكن بقية المدة ، لم يكن للآجر ان يمنعه . اراد بذلك اذا بناها الآجر قبل ان يفسخ المستأجر الاجارة . وقال محمد رحمه الله تعالى في السفينة اذا نقضت فصارت الواحاً ثم ركبها ، لم يجبر على تسليمها ، لأن العقد قد انفسخ بهلاك السفينة . فأما اذا اعيدت ، صارت سفينة اخرى — الا يرى ان الغاصب اذا غصب الالواح فجعلها سفينة ، ملكها اه (هندية)

رجل استاجر ارضاً للزراعة فخرب النهر الاعظم وعجز عن السقي كان له ان

بفسخ الاجارة . فإن لم يفسخ حتى مضت المدة ، كان عليه اجرها اذا كان بحال يمكنه ان يحتال بحيلة فيزرع فيها شيئاً . وان كان لا يقدر على ذلك بوجه من الوجوه ، فلا اجر عليه . وكذا لو لم ينقطع الماء ولكن سال فيها الماء حتى عجز عن الزراعة ، فلا اجر عليه .

رجل استأجر ارضاً فانقطع الماء ، ان كانت الارض تسقى بماء النهر وماء المطر لكن انقطع ماء المطر ايضاً ، لا اجر عليه . رجل استاجر ارضاً ليزرعها فاصاب الزرع آفة فهلك او غرق ولم ينبت ، كان عليه الأجر لأنه قد زرع . ولو غرقت الارض قبل ان يزرعها ، فلا اجر عليه اه (خانية)

وفيها ، بعد ورقة : وذكر الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده : اذا استأجر ارضاً للزراعة فزرع فاصطلمه آفة ، كان عليه اجر ما مضى وسقط عنه اجر ما بقي من المدة بعد الاصطلام اه وذكر المسئلة في الدر وحواشيه قبيل باب فسخ الاجارة ، فلتراجع .

رجل استأجر ارضاً فغرقت قبل ان يزرعها فمضت المدة ، فلا أجر عليه ، كما لو غصبها غاصب . وان زرعها فأصاب الزرع آفة فهلك الزرع او غرقت بعد الزرع فلم تنبت ، فالمختار للفتوى انه اذا هلك الزرع لم يكن عليه لما بقي من المدة بعد هلاك الزرع اجر ، الا اذا كان متمكناً من ان يزرع مثل ذلك ضرراً بالارض او اقل ضرراً من الاول .

ولو استأجر ارضاً من اراضي الجبل فزرعها فلم يمطر عامه ولم ينبت حتى مضت المدة ثم مطرت السماء ونبت الزرع ، قال محمد رحمه الله تعالى : الزرع كله للمستأجر ، وليس عليه من كراء الارض ولا من نقصانها شيء . اه ملخصاً .

وفي الانقروية عن الفيض : فإن قال رب الارض انا اقلعه ، له ذلك اه .

ثم رأيت في الهندية : ذكر عن الكبرى بعد ذكر نظير ما في الخانية ، قال استاذنا رحمه الله : اراد انه ليس عليه كراء الارض فيما قبل النبات . اما بعد ما نبت ، يجب ان يبقي الزرع في الارض بأجر المثل اه اقول قول الخانية «ليس عليه من كراء الارض الخ» وكذا قول الاستاذ « ليس عليه من كراء الارض

فيما قبل النبات الخ » المراد منه كراء المدة التالية للمدة الاولى ، وهي المدة التي نبت فيها الزرع بعد مضي مدة الاجارة ، لما قدمناه آنفاً عن الخانية من انه اذا استأجر ارضاً ليزرعها فزرعها ولم ينبت الزرع ، قال : عليه الأجر لانه قد زرع اه ولا تغفل .

استأجر من رجل طاحونتين على ماء في موضع يكون الحفر على المؤجر في عرفهم واحتاج النهر الى الكري وصار بحال لا يعمل الا احدى الرحيين ، فإن كان بحال لو صرف الماء اليهما جميعاً عملا عملاً ناقصاً ، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة لاختلال المطلوب . فإن لم يفسخ الاجارة ، فعليه اجرهما جميعاً لانه متمكن من الانتفاع بهما بصفة النقصان . وان كان بحال لو صرف الماء اليهما لم يعملا ، كان عليه اجر احداهما اذا لم يفسخ الاجارة . لأنه لم يتمكن من الانتفاع الا بأحدهما . فإن تفاوت اجرهما ، فعليه اجر اكثرهما اذا كان الماء يكفي لأكثرهما اجراً . وان كان ذلك في موضع يكون كري النهر على المستأجر في عرفهم ، كان عليه كل الأجر لأن العجز والخلل كان لمعنى من قبله . وهو بمنزلة ما لو استأجر خيمة فانكسرت اوتادها ، لا يسقط الأجر ، لأن الاوتاد تكون على المستأجر . وان انقطعت اطنابها لا يجب الأجر على المستأجر ، لأن الاطناب تكون على المؤجر . كذا في الخانية ، ومثله في الانقروية عن الظهيرية .

﴿ ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحي يلزمه اعطاء ما اصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة ﴾

اي اذا كان ذلك الانتفاع معقوداً عليه ايضاً ، كما يشير به قوله « ما اصاب حصة ذلك الانتفاع الخ » وذلك بأن استأجر طاحونة للطحن ولسكنى بيتها . اما اذا لم تكن منفعة السكنى معقوداً عليها ، فلا يلزمه شيء من الاجرة وان سكن ، على ما هو الاصح ، كما في الهندية عن محيط السرخسي . ونقل في رد المحتار عن التتارخانية انه الاصح ، لأن ظاهر الرواية يشهد له ، فإنه قال في الاصل : الماء اذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر ، فلا اجر عليه في ذلك . ولو

كانت منفعة السكنى معقوداً عليها مع منفعة الطحن ، وجب بقدر ما يخص منفعة السكنى اه ثم قال: ومفاده انه لا يجب إجرة بيت الرحى صالحاً لغير الطحن، كالسكنى، ما لم تكن معقوداً عليها اه ويؤيده ايضاً تعليل الزيلعي لوجوب اجرة حصة السكنى بقوله : لبقاء بعض المعقود عليه اه فإنه يشعر بأن منفعة غير الطحن معقود عليها، فلو لم تكن معقوداً عليها فلا اجر . ونظير هذه المسألة ما لو انهدمت الدار فنصب المستأجر فسطاطاً في عرصتها وسكن فيه ، فإنه ، اي الزيلعي ، ذكر ان لا اجر في ذلك على المستاجر ، وعلله بقوله : لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار اه فهذه العلة تؤيد ما تقدم انه الاصح . واما ما بحثه في الدر تبعاً للشرنبلالي ، فقد رده في رد المحتار . فقد ظهر بما ذكرناه أن اعطاء ما اصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة ، مقيدٌ بما اذا كان ذلك الانتفاع معقوداً عليه كما ذكرناه . لكن تقييده حينئذ بانتفاع المستأجر فعلاً مشكل، لأنه يفيد انه لو لم ينتفع بالفعل لا يجب ، مع انه اذا كان معقوداً عليه وجب بمجرد التمكن وان لم يستوف ، الا ان يقال انه قيدٌ اتفاقي ، او ان المراد من الانتفاع التمكن منه ، فليتأمل .

المادة ٤٧٩ — ❊ من استأجر حانوتاً وقبضه ثم عرض للبيع والشراء كساد ليس له ان يمتنع عن اعطاء كراء تلك المدة بقوله ان الصنعة ما راجت والدكان بقي مسدوداً ❊

يعني اذا بقي الحانوت المستأجر في يده الى ان مضت المدة ، لأن منفعة المأجور لم تفت ، وهو متمكن من استيفائها . وهذا لا يعارضه ما في الهندية عن القنية : استأجر حانوتاً ليتجر في السوق ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة ، فله فسخ الاجارة ، لأنه عذر اه لان من ثبت له خيار الفسخ بعذر ، لو لم يفسخ حتى مضت مدة الاجارة ، يلزمه تمام الأجر، كما سيأتي في الفصل الثالث من الباب الخامس ، فانهم . لكن ذكر في رد المحتار ما يخالف ما في الهندية ، فإنه

نقل عن المنية ان الكساد لا يكون عذراً اه ثم قال نقلا عن السايحاني انه يمكن حمله ، اي ما في المنية ، على نوع كساد اه قلت : ويشعر بهذا الحمل قول الهندية «حتى لا يمكنه التجارة» تأمل .

المادة ٤٨٠ = ✻ لو استأجر زورقاً على مدة وانقضت في اثناء الطريق تمتد الاجارة الى الوصول الى الساحل ويعطي المستأجر أجر مثـل المدة الفاضلة ✻

قدمنا شرح المادة (٤٤٣) عن المنية انه لو استأجر ارضاً فزرع فيها ثم مات المؤجر مثلاً ، كان على المستأجر ما سمي من الاجرة الى ان يدرك الزرع — بخلاف ما لو فرغت مدة الاجارة، فإن المستأجر يستبقيها بأجر المثل الى ان يدرك الزرع . قالوا : لان الاجارة كما تنقض بالاعذار ، تبقى بالاعذار .

والظاهر انه لو كان انفساخ الاجارة في مسئلتنا بموت صاحب السفينة ، يكون الامر كذلك اي ان المستأجر يعطي المسمى الى ان يصـل للساحل ، لا اجر المثل ، تأمل .

ثم رأيت التصريح بذلك في الهندية حيث قال : ومن هذا الجنس اذا استأجر من آخر زقاقاً وجعل فيها خلاً ثم انقضت مدة الاجارة في الصحراء ، جعـل بأجر مثله الى موضع يجد فيه زقاقاً . ولو مات المؤجر قبل مضي المدة لا يجعل بأجر مثلها، لكنها تترك على الاجارة الاولى . كذا في المحيط اه وفيهـا عن الذخيرة : قال في الاصل : واذا استأجر دابة الى مكان مسمى فمات صاحب الدابة في وسط الطريق، كان للمستكري ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر ، وانما لا تنقض ، لان الحالة حالة العذر ، والاجارة تنعقد ابتداء بالعذر . فإن من استاجر سفينـة شهراً فمضت المدة والمستاجر في وسط البحر، فإنه تنعقد بينهما اجارة مبتدأة ، فلأن تبقى حالة العذر، كان اولى . وبيان العذر انه يخاف على نفسه وماله لأنه لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون له قاض ليرفع الامر اليه فيؤجر الدابة منه ثانياً .

حتى قال مشايخنا : لو وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها متاعه ، تنقض الاجارة .
وكذا لو كان موت المستأجر في موضع يجد دابة فيه ، تنتقض الاجارة اه .

المادد ٤٨١ — ﴿لو اعطى احد داره لآخر عَلَى ان يرمها ويسكنها بلا اجرة ثم رمها وسكنها ذلك الآخر كانت من قبيل العارية ومصاريف التعمير على الذي انفق وليس لصاحب الدار ان يأخذ اجرة عن مدة سكناه﴾

هذا موافق لما في الهندية ، ونصها : دفع داره على ان يسكنها ويرمها ولااجر عليه ، فهو عاربة ، لأنه لم يشترط الأجر . فإن المرمة نفقة الدار ، ونفقة المستعار على المعير . كذا في الفتاوى الصغرى والغياثية اه ومثله في الانقروية .

وكذا في واقعات المفتين عن البزازية ، وفي اوايل كتاب الاجارة عن الخانية : ولو دفع داره الى رجل على ان يسكنها ويرمها ولا اجرة عليه ، كانت اعارة . فإنه ذكر في الاصل ان اشتراط المرمة على المدفوع اليه بمنزلة اشتراط نفقة المستعار على المستعير ، وبذلك لا تبطل الاعارة اه وبمثله افتى في الخيرية وعبارتها : سئل في رجل دفع لآخر بيتاً يسكنه ويرمه فرمه وسقفه بخشب من عنده على طريقة سقايف الفلاحين وسكن مدة واخرجه مالكه منه هل له اخذ خشبه ام لا ؟ اجاب نعم ، له اخذ خشبه لأنه مستعير لا مستأجر اذ لم يجعل له بدلاً . والحالة هذه والله اعلم اه لكن يخالفه ما في تنقيح الحامدية ونصه : سئل في رجل اذنت له امه بأن يسكن في دارها المملوكة لها بشرط ان يعمرها فسكن في الدار مدة ولم يعمرها ، فهل يلزمه اجرة المثل في المدة المزبورة ؟ الجواب نعم .

رجلٌ دفع الى اخر داراً . ليسكنها ويعمرها فسكن مدة ولم يعمرها ، فإن كان اذن له بشرط العمارة ، يجب اجر المثل ، لأنه لما شرط العمارة فقد آجره باجرة مجهولة ، فيجب اجر المثل ، لأن قدر العمارة مجهول . وان سكن وعمر ،

فانه ينظر الى العارة واجر المثل (جواهر الفتاوى) اقول: ومثل هذا ما ذكر في جامع الفصولين في احكام العارة في ملك الغير بعبارة فارسية ، وعربها الخير الرملي في حاشيته عليه ، ونصه: انفقت مع زوجها على ان يعمر ويسكن ، فعمر وصار يساوي الف درهم ، وماتت المرأة فطالبته بقيته ورثتها بأجرة السكنى ،وطالبهم هو بما انفق ، فالجواب انه يسقط مما انفق قدر اجرة السكنى، والباقي يطالب به . وان زادت قيمة السكنى عليه يسقط بقدره منها ، والباقي ميراث . وان لم يقع الاتفاق على ذلك وعمر ، فهو متبرع اه واقول ايضاً : وجه كون ذلك اجارة فاسدة ان صاحب الدار لم يملك منفعة داره الا بعوض ، لكنه لما جهل العوض وقت العقد، وجب اجر المثل بالغاً ما بلغ . والمعمر غير متبرع لأنه لم يعمر الا بمقابلة السكنى . وبما نقله المؤلف ونقلناه ايضاً علم ان ذلك ليس بإعارة بل هو اجارة فاسدة ، خلافاً لما في الفتاوي الخيرية ، حيث اجاب في نظير هذه المسئلة انه مستعير لا مستأجر . ومما يؤيد ما قلناه مسئلة يجب التنبيه عليها لكثرة وقوعها في زماننا وقل من يعرفها ، وهي ما في الفصل الثالث من الخلاصة : رجل استقرض دراهم من رجل فقال له اسكن في حانوتي فما لم ارد عليك دراهمك لا اطالبك بأجرة الحانوت والاجر الذي يجب عليك هبة ، فدفع المقرض اليه الف درهم وسكن الحانوت مدة ، فقال ، ان ذكر ترك الاجرة عليه مع استقراضه منه المال ، فالاجرة على المقرض واجبة . وان كان ذكره قبل الاستقراض او بعده ، فلا اجر عليه اه ومثله في البزازية .

ونقل المسالة في التتارخانية في متفرقات الاجارة عن النوازل ثم قال عقبها : قيل : الصحيح انه يجب اجر المثل في الوجهين . وفي الكبرى قال فخر الدين : وعليه الفتوى .

وفي الخانية : رجل استقرض دراهم واسكن المقرض في داره ، قالوا يجب اجر المثل على المقرض . وكذا لو أخذ المقرض من المستقرض حماراً ليستعمله الى ان يرد عليه الدراهم اه فحيث كان الفتوى على وجوب الاجرة على المقرض وان صرح باسقاط الاجرة وقت القرض او قبله او بعده ، ففي مسئلتنا بالاولى . ووجه لزوم الاجرة مع التصريح باسقاطها ان المستقرض لم يسكنه في داره الا بمقابلة

منفعة القرض ، وذلك لا يصلح عوضاً فيجب اجر المثل لأنه اجارة فاسدة . والاجارة لا بد فيها من الاجرة ، وقد صرح في الاشباه وغيرها بأنه لو قال آجرتك بغير شيء فهي اجارة فاسدة لا عارية اه وقد صرحوا بأن الاجارة الفاسدة يجب فيها اجر المثل ، فاحفظ هذه المسئلة ، فإنها مهمة اه ما في التنقيح اقول: ولم ار احداً من الفريقين ذكر ان في المسئلة خلافاً ، ولعل ما ذكره في التنقيح عن جواهر الفتاوي من قوله «فإن كان اذن له يعني بالسكنى بشرط العمارة يجب اجر المثل الخ » يشعر بالتوفيق بين هذه النقول التي ظاهرها التعارض ، وهو انه اذا ذكرت العمارة او المرمة على وجه يفهم ان الاذن بالسكني مشروط بها بأن قال اذنت لك ان تسكن فيها بشرط ان ترمها او على ان ترمها ، او قدم المرمة على الاذن بالسكنى ، كان ذلك اجارة فاسدة ، لأنه لما شرط العمارة فقد آجره باجرة مجهولة فيجب اجر المثل ، وعليه يحمل ما في جامع الفصولين وما افتى به في الحامدية . ومثله فيما يظهر ، بل اولى ، ما صرح فيه بالاجارة ، بأن قال آجرتكها بمرمتها ، والا بأن عطفت على السكنى بأن قال اسكنها وعمرها ، كان اعارة ، فلا يجب فيها اجر .

وعليه يحمل ما ذكر في هذه المادة تبعاً لما في الهندية والانقروية وغيرها . ويشعر بهذا التوفيق ايضاً قول جامع الفصولين « اتفقت مع زوجها على ان تعمر وتسكن الخ » فجعل العمارة شرطاً والسكنى معطوفة عليها ، فكانت اجارة وكذا قول الخيرية : دفع لآخر بيتاً يسكنه ويرمه ، فإنه لما عطف المرمة على السكنى اشعر بأن السكنى غير مشروطة بالعمارة ، فكان اعارة لا اجارة . ونظيرها عبارة الهندية والانقروية كما تقدم . ويؤيد هذا الاشعار تعليل الهندية بقوله « لأنه لم يشترط الأجر »

ثم رأيت في الخانية ما نصه : رجل دفع داره الى رجل ليسكن ويرمها ولا اجر له فيها ، فآجرها هذا الرجل من غيره وانهدمت الدار من سكنى الثاني ، ضمن الثاني نقصان ما انهدم ، ويكون الثاني بمنزلة الغاصب . ولو كانت الاجارة الثانية جائزة ، ما كان بمنزلة الغاصب . وقال بعضهم : المستأجر اجارة فاسدة لايملك الاجارة الصحيحة ، ولكن لو آجرها يستحق الأجر المسمى كالغاصب . وقال

بعضهم : المستأجر اجارة فاسدة يملك ان يؤجرها من غيره جائزة بعد القبض ، بمنزلة المشتري شراء فاسداً يملك ان يبيع من غيره بيعاً جائزاً . الا ان الآجر الاول يملك نقض الاجارة الثانية ، والبائع فاسداً لا يملك نقض بيع المشتري ، لأن الاجارة تفسخ بالاعذار ، ولا كذلك البيع .

وانما لا يملك الاجارة في مسئلة المرمة لأن ثم ذكر المرمة على وجه المشورة لا على وجه الشرط ، فكانت اعارة ، والمستعير لا يملك الاجارة اه ومثله في الفصل الثلاثين من جامع الفصولين نقلاً عن الأصل . فإن قوله : ذكر المرمة على وجه المشورة لا على وجه الشرط كالصريح فيما ذكرناه من التوفيق الذي هو بالقبول حقيق والحمد لله على التوفيق .

واعلم ان ما ذكره هنا الشارح سليم باز من انه لو استأجر حيواناً بشرط ان تكون نفقته عليه يصح الشرط وتجب النفقة على المستأجر ولا اجر عليه الخ ، وعزاه الى جامع الفصولين ، فإنه افتراء على جامع الفصولين لأني لم ار فيه ولا في غيره من كتب المذهب هذه العبارة بهذا اللفظ . ثم ذكر ما نقله عنه في تنقيح الحامدية كما تقدم في الفصل (٣٤) وذكر ايضاً ما نقلناه موافقاً لما في الخانية . كيف وقد علمت انه لو قال آجرتك بغير شيء فهي ، اجارة فاسدة لا عارية ، فليتنبه لذلك .

ثم ان ماتضمنته هذه المادة من ان مصاريف التعمير على الذي انفق ،لا يعارضه ما تقدم عن الخيرية من ان المعمر له اخذ خشبه ، لأن المراد بالمصاريف المذكورة ما تلف . ولم يكن له عين قائمة نظير علف الدابة . اما ما له عين قائمة ، فللمستعير اخذه ما لم يضر رفعه بالمستعار . فإن اضر ، فللمعير تملكه بقيمته مستحق القلع ، كما صرح به في الهندية وغيرها .

وفي الانقروية من العارية : لو بنى حائطاً في الدار المستعارة فلما استرد المعير الدار اراد المستعير ان يرجع بما انفق ، ليس له ذلك ، وليس له ان يهدم الحائط اللبن ان كان من تراب صاحب الأرض اه . هذا اذا كانت الدار مستعارة بأن كان الاذن بالسكنى غير مشروط بالمرمة . اما اذا كان مشروطاً ، ولو دلالةً حتى صارت اجارة فاسدة كما علمت ، فالباني حينئذ الرجوع به على المؤجر واحتسابه

من اجرة مثل الدار الواجب عليه ، كما تقدم نقله ٠

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في تنقيح الحامدية بعد عبارته المنقولة آنفاً مانصه : لكن بقي ما اذا استقرض منه ورهن الدار عنده وأباح له سكناها مجاناً ، فهل له اجرة ؟ الظاهر لا ، وان كان ما اباح له السكنى الا لاجل القرض ، لأن الرهن عقد آخر مناف لعقد الاجارة ولا يمكن اجتماعهما ، بل لو عرض احدهما على الآخر افسده ، فلو آجر المرهون فسد الرهن ، وبالعكس ٠ ولذا اختلفوا في كراهة انتفاع المقرض بالمرهون ٠ والذي يظهر لي الجزم بالكراهة التحريمية في مثل مسئلتنا ، لأنه لو لم يأذن له الراهن بالانتفاع بالدار المرهونة لم يقرضه ، والله اعلم اه ٠

= الفصل الثالث =

﴿ فيما يصح ان يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة وما لا يصح ﴾

المادة ٤٨٢ — ﴿ يصح للاجير الذي لعمله اثر كالخياط والصباغ والقصار ان يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة ان لم يشترط نسيئتها ٠ وبهذا الوجه لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن ٠ ولكن بعد تلفه ليس له اجرة ﴾

اما عدم الضمان ، فلأن العين امانة في يده على ما كانت عليه ، وله ان يحبسها بالاجرة شرعاً ، فلا يكون متعدياً ٠ واما عدم وجوب الأجر ، فلأن المعقود عليه هلك قبل التسليم ، وذلك يوجب سقوط البدل ، كالمبيع اذا هلك قبل القبض ٠

وانما كان له حق الحبس فيما لو اثر في العين ، لأن المعقود عليه وصف في المحل ، فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل ، كما في المبيع .

وقيد بعدم اشتراط نسيئة الأجرة لأنه لو اشترط نسيئتها ، اي تأجيلها ، يكون قد اسقط حقه في الحبس . فاذا حبسها بعد ذلك يكون غاصباً ، فتنقلب يد امانته الى الضمان .

واشار بلفظ الحبس الى ان العين في يد الاجير لم تسلم ، حتى لو سلمها فليس له استرداده للحبس لسقوطه . والتسليم اعم من ان يكون حقيقة كما ذكرنا ، او حكماً كما اذا عمل الاجير في بيت المستأجر ، لأن العين في يد المستأجر حينئذ لقيام يده على البيت . وحيث كان يمكنه ان يتحرز عنه بأن يعمل في بيت نفسه ، يكون قد رضي بالتسليم فلا يملك استرداده للحبس (افاده الزيلعي مع زيادة من البحر)

قال في البحر ، عند قول المصنف « ومن لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للأجر » ما نصه : اطلقه ، اي القصار ، فشمل ما اذا لم يكن لعمله الا ازالة الدرن بالغسل فقط على الأصح ، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله فكأنه احدثه فيه . كذا ذكره قاضيخان في شرحه . وصحح المصنف في مستصفاه معزياً للذخيرة ان ليس له حق الحبس ، فاختلف التصحيح . وينبغي ترجيح المنع ، وقد جزم به صاحب الهداية بقوله « وغسل الثوب نظير الحمل ، اه » لكن انت تعلم ان قاضيخان من اجل من يعتمد على تصحيحاته . وعبارة النهاية ، كما في الطوري : القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشاء ، كان له حق الحبس . وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن ، اختلفوا فيه ، والأصح ان له الحبس على كل حال ، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكاً اه .

وفي الزيلعي : واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصارة بغير نشاء اه

والذي حققه في الدر وحواشيه ان الغسل ان كان لازالة الدرن ، ففيه الخلاف السابق . وان كان لأجل التطهير ، لا يثبت فيه الحبس اتفاقاً اه .

المادة ٤٨٣ = * ليس للاجير الذي ليس لعمله اثر كالحمال والملاح ان يحبس المستأجر فيه . وبهذه الحال لو حبس الاجير المال وتلف في يده يضمن وصاحب المال مخير ان شاء ضمنه اياه محمولاً واعطى اجرته وان شاءَ ضمنه غير محمول ولم يعط اجرته *

انما لم يكن للاجير الحبس فيما ليس لعمله اثر في العين لأن المعقود عليه نفس العمل ، وهو عرض يفني ولا يتصور بقاؤه ولا له اثر يقوم مقامه ، فلا يتصور حبسه . وهذا بخلاف رد الآبق ، فإنه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر ، لأنه كان على شرف الهلاك فأحياه بارد ، فكأنه باعه من مولاه ، فكان له حق الحبس (زيلعي)

وقوله « كالحمال » اي على ظهر او دابه . وهو بالحاء المهملة اولى منه بالجيم ، لعمومه .

والملاح هو السفان الذي يجري السفينة ، كما في المصباح وهو المسمى ، بالنوتي كما في القاموس .

والمراد بالضمان ، ضمان الغصب . وذلك انه لو مثلياً وجب مثله ، وان انقطع فقيمته يوم القضاء او الغصب او الانقطاع ، على خلاف يأتي في الغصب . ولو قيمياً فقيمته يوم غصبه اجماعاً (رد المحتار) قال في البحر عند قول الكنز « ومن لا اثر لعمله كالحمال والملاح الخ » ما نصه : واختلفوا في المراد في الأثر ، فقيل ان تكون الأثرة متصلة بمحل العمل ، كالنشاء والصبغ . وقيل ان يرى ويعاين في محل العمل . وثمرته تظهر في كسر الحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد ، فليس له الحبس على الاول ، وله الحبس على الثاني . وظاهر ما في القنية ترجيح الثاني - والذي يظهر من كلامهم ترجيح الأول ، لما عللوا به في حق الحبس من ان المعقود عليه وصفٌ في الثوب اهـ فقد علمت من هذا ومما نقلناه عنه في شرح المادة السابقة ان

الخلاف الواقع في مسئلة غسل الثوب وقصارته بغير نشاء وبيض، وهوغير الخلاف الواقع في تفسير المراد من الاثر . فليس في كسر الحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد خلاف قاضي خان واختلاف التصحيح ، بل فيه ان ظاهر القنية ترجيح ان له حق الحبس لأنه مما يماين ويرى ، وان ظاهرهم ترجيح عدمه ، لأن التكسير والطحن والحلق ليس وصفاً في العين ، بل هو عرض لا يمكن بقاؤه . وهذا هو المفهوم منا كثر شراح الهدايه والكنز ، لكنه مخالف لما في الدر وحواشيه . وكذا في حاشية ابي السعود ، تبعاً لصاحب الدر ، من ان خلاف قاضيخان واختلاف التصحيح جارٍ في المسئلتين ، فليتأمل .

❃ الباب الرابع ❃

❃ في بيان المسايل التي تتعلق بمدة الاجارة ❃

المادة ٤٨٤ - ❃ للمالك ان يؤجر ماله وملكه لغيره مدة معلومة قصيرة كانت او طويلة كالسنين ❃

ولو كانت المدة لا يعيشان الى مثلها عادةً . واختاره الخصاف ، ومنعه بعضهم (بحر) وظاهر اطلاق المتون ترجيح الاول (رد المحتار)

وقيد بقوله « ماله وملكه » لاخراج مال الوقف ، فإنه لا يؤجر اكثر من ثلاث سنين في الضياع ، واكثر من سنة في غيرها ، كالدار والحانوت (افاده في الدر) قال في حاشيته رد المحتار : وكذا ارض اليتيم ، كما في الجوهرة . وافتى به صاحب البحر والمصنف ، يعني صاحب التنوير . واكثر كلامهم على انه المختار المفتى به لوجود العلة فيها ، وهي صونها عن دعوى الملكية بطول المدة ، بل هذا اولى (رملي) اه .

وفي حاشيته الرملي على البحر ان اراضي بيت المال مثل عقار اليتيم . قال في

الحامدية : والوجه ما قاله اه ٠

وفي الخيرية من الدعوى : اراضي بيت المال جرت على رقبتها احكام الوقوف المؤبدة اه ٠

وهذا ، اي عدم صحة ايجار الوقف اكثر من سنة في الدار والحانوت ، او ثلاث سنين في الاراضي ، مقيدٌ بما اذا لم يكن المؤجر هو الواقف ، والا فله ذلك كما في رد المحتار ٠ قال : وفي القنية : آجر الواقف عشر سنين ، ثم مات بعد خمس وانتقل الى مصرف آخر ، انتقضت الاجارة ، ويرجع بما بقي في تركة الميت اه اي وانتقاضها لموت المؤجر ٠ وفيه كلام ذكره العلائي آخر باب الفسخ ، وهو مقيد ايضاً بما اذا لم يشرط الواقف مدة ، والا اتبع شرطه ، لأن اتباع شرطه لازم ٠ حتى قال في الاسعاف : ولو استثنى في كتاب وقفه ، فقال : ولا تؤجر اكثر من سنة الا اذا كان انفع للفقراء ، فحينئذ يجوز ايجارها اذا رأى ذلك خيراً ، من غير رفع الى القاضي للاذن له من الواقف فيه اه ومثله ما اذا اهمل الواقف ذكر المدة ، والمسئلة بحالها ، فإن للقيم ذلك بلا اذن القاضي ، كما في المنح عن الخانية ٠

واما اذا قيد بسنة مثلا ولم يستثن ، لكن وجد الناظر ايجارها اكثر من سنة اكبر نفعاً بأن كان الناس لا يرغبون في استئجارها سنة ، وايجارها اكثر من سنة ادرّ على الوقف وانفع للفقراء ، فالناظر لا يسوغ له ايجارها كذلك ، ولكن يرفع الأمر الى القاضي فيؤجرها بنفسه ، لأن ولايته عامة للفقراء والغائبين والموتى ، كما في الاسعاف ٠ قال في رد المحتار : والظاهر انه لو اذن في ذلك للمتولي صح اه وفيه من كتاب الوقف ، عن قارئ الهداية : اذا لم تحصل عمارة الوقف الا بذلك ، يرفع الأمر للحاكم لتؤجره اه اي اذا احتيج الى عمارته من اجرته ، يؤجره الحاكم مدة طويلة بقدر ما يعمر به اه ٠

ثم لو احتاج الناظر لايجاره مدة طويلة بلا اذن القاضي ، يعقد عقوداً مترادفة ٠ اما في الدار ، فكل عقد سنة ٠ واما في الارض ، فكل عقد ثلاث سنين ٠ وصورة ذلك ان يقول آجرتك الدار الفلانية سنة خمسة عشر بكذا ، واجرتك اياها سنة ستة عشر بكذا ، واجرتك اياها سنة سبعة عشر بكذا ، وهكذا الى تمام المدة ٠

فإن الاجارة في غير العقد الاول وان كانت مضافة ، لكنها تكون لازمة في احدى الروايتين ، وهو الصحيح الذي مشت عليه المجلة كما تقدم في المادة (٤٤٠)

واما ما ذكره في الدر المختار من ان الفتوى على ابطال الاجارة الطويلة ،ولو بعقود ، لتحقق المحذور فيها ، وهو ان طول المدة يؤدي الى ابطال الوقف ،فذلك عند عدم الحاجة الى ذلك ، كما في حاشية رد المحتار . قال : فاذا احتاج الى ذلك لاجل عمارة الوقف بتعجيل اجرة سنين مستقبلة ، يزول المحذور الموهوم عند وجود الضرر المتحقق . فالظاهر تخصيص بطلان هذه الاجارة بما عدا هذه الصورة اه وهو ظاهر في انه لا يجوز للناظر ايجارها كذلك لمجرد كونه ادر على الوقف وانفع للفقراء ولو بعقود مترادفة ، لعدم الضرورة . نعم يسوغ ذلك للقاضي ولو بعقد واحد ، وللناظر كذلك ، اذا اذن له القاضي ، على ما استظهره بن عابدين كما علمت .

ثم لو اجر الناظر مدة طويلة في موضع لا يملك فيه ذلك ، هل تفسخ في جميع المدة او في الزائدة فقط ؟ جزم في انفع الوسائل بالثاني ، فقال يفسخ الزائد على الثلاث في الضياع ، وعلى السنة في غيرها ، سواء كان عقداً واحداً زائداً على ما ذكر ، او عقوداً متفرقة . حتى لو عقد في الضياع على اربع سنين مثلاً بعقد او اكثر ، يصح في ثلاث ويفسخ في الباقي . وجزم قارئ الهداية بالاول ، ورجحه صاحب النهر على ما في انفع الوسائل ، لأن العقد اذا فسد في بعضه فسد في كله ، ولأن الامام الجليل قاضيخان استظهره فأفاد ترجيحه ، وهو الذي يقتضيه كلام جواهر الفتاوي . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه .

المادة ٤٨٥ - ﴿ ابتداء مدة الاجارة تعتبر من الوقت الذي سمي اي عين وذكر عند العقد ﴾

بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة (درر) اي ما لم يكن خيار شرط .

فإن كان ، فمن وقت سقوطه (مسري الدين عن الكافي لطحطاوي) وسياتي التصريح بذلك في المادة (٥٠٢)

المادة ٤٨٦ = ﴿ ان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد تعتبر من وقت العقد ﴾

لأن الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء . وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب ، كما في الآجال ، بأن باع الى شهر ، والايمان ، بأن حلف لا يكلم فلاناً شهراً ، حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم (ابو السعود عن الدرر)

والظاهر ان هذا ايضاً مقيد بما اذا لم يكن خيار شرط ، كما لو سمى اول المدة ، وان لم اره صريحاً ، بل التقييد بذلك عند عدم ذكر المدة اولى منه عند الذكر ، وهو الذي يقتضيه اطلاق المادة (٥٠٢)

المادة ٤٨٧ = ﴿ كما يجوز ايجار عقار على ان يكون لسنة في كل شهر اجرته كذا دراهم يصح ايجاره سنة بكذا دراهم من دون بيان شهريته ايضاً ﴾

يعني اذا بين الأجرة جملة جاز العقد ، لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة ، والاجرة معلومة وان لم يبين القسط كل شهر . فاذا صح وجب ان يقسم الاجرة على الشهور على السواء ، ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (طوري على الكنز) وفايدته تظهر في الفسخ اثناء المدة (رد المحتار)

وفيه عن التتارخانية : ولو قال آجرتك سنة بألف كل شهر بمائة فقبل ، فهو اجارة بألف ومائتين كل شهر بمائة ، والاخير يكون فسخاً للاول . قال الفقيه : وهذا اذا كان قصداً . فلو غلطاً ، فالأجر هو الاول اه .

المادة ٤٨٨ = ﴿ اذا عقدت الاجارة في اول الشهر على شهر واحد او ازيد من شهر انعقدت مشاهرة وفي هذه الصورة يلزم دفع اجرة شهر كامل وان كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً ﴾

المراد من اول الشهر اليوم الاول منه ، لا وقت ابصار الهلال حقيقة (در وحواشيه) والمراد بانعقادها مشاهرة اعتبار الأهلة دون عدد الايام ، لأن الاصل في الشهور ان تعتبر بالاهلة ، كما في الهندية .

وقوله « يلزم دفع اجرة شهر كامل » اي فيما اذا عقدت الاجارة على شهر واحد ، اي ويلزمه اجرة الاكثر فيما اذا عقدت على الاكثر ، وان كانت كلها او بعضها نواقص . وهذه المسئلة لا خلاف فيها بين اصحابنا ، كما في الهندية .

المادة ٤٨٩ — ﴿ لو اشترط على ان تكون الاجارة لشهر واحد فقط وكان قد مضى من الشهر جزء يعتبر الشهر ثلاثين يوماً ﴾

لأن الأصل اذا تعذر ، يصار الى البدل (درر) وهذه المسئلة اجماعية ايضاً ، كما في الهندية . وقد صرحت المادة (٥٣) انه اذ بطل الأصل يصار الى البدل .

المادة ٤٩٠ — ﴿ اذا اشترط ان تكون الاجارة لكذا شهور وكان قد مضي من الشهر بعضه يتم الشهر الأول الناقص على ان يكون ثلاثين يوماً من الشهر الأخير وتوفي اجرة بقية الاشهر بحساب الاهلة ﴾

هذا قول محمد رحمه الله تعالى ، وهو رواية عن ابي يوسف . وجهه ان الاهلة هي الأصل في الشهور قال الله تعالى « ويسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس » والأيام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فإن غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً » ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الأصل ، ولا تعذر الا في شهر واحد ، وهو الأول ، وقد امكن تكميله من الأخير ، فيكمل ، وبقي غيره على الأصل .

وقال ابو حنيفة ، وهو رواية أخرى عن ابي يوسف تعتبر شهور المدة كلها بالايام . له انه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالهلال ، تعذر الباقي ايضاً بالأهلة ، لأن الشهر الأول يجب تكميله مما يليه ، والا لزم ان يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الأول ، وهو محال . فاذا أكمل من الثاني انتقص الآخر ، فوجب تكميله من الذي يليه ، وكذا كل شهر الى آخر المدة ، فوجب اعتباره بالايام ضرورة اه (زيلعي)

وعامة المتون جارية على قول ابي حنيفة . وفي الدر المنتقى : والمختار مذهب الامام . وجزم به في المجمع . لكن أخر في الهداية قول محمد فدل على اعتماده ، وكذا في الملتقى . وحيث مشت عليه المجلة ، كان عليه المعول بغير علة .

❊ تنبيه ❊

تعيين اول المدة في الاجارة كاجراء عقد الاجارة ، كما في التبيين للزيلعي . فلو آجره عشرة اشهر ابتداؤها غرة رمضان ، اعتبرت الاشهر بالأهلة اتفاقاً . ولو قال ابتداؤها في عشرة منه مثلاً ، اعتبر الشهر الأول بالأيام ، ويكمل من الشهر الاخير ، والباقية بالاهلة . وهذا عند محمد ، وعليه المجلة وعند ابي حنيفة يعتبر الكل بالايام ، كما لو وقعت الاجارة على شهر واحد فإن اعتباره بالايام متفق عليه . فليحفظ هذا ، فإن اكثر الكتب عنه خالية .

المادة ٤٩١ — ❊ اذا عقدت الاجارة مشاهرة بدون بيان عدد الأشهر وكان قد مضى بعض الشهر فكما انه يعتبر الشهر الأول ثلاثين

كذلك بقية الشهور التي بعده تعتبر على هذا الوجه كل منها ثلاثين يوماً *

قال في رد المحتار : وفي الذخيرة : ان عقد الاجارة على كل شهر بدرهم ، ان وجدت في وسطه ، يعتبر كل شهر بالأيام بلا خلاف ، لأنها يعتبران الاهلة اذا علم آخر المدة ، ليمكن تكميله منه اه .

المادة ٤٩٢ = * لو عقدت الاجارة في اول الشهر لسنة تعتبر اثني عشر شهراً *

اي بالاهلة بغير خلاف . وكذا لو لم يعقد الاجارة في اول الشهر ، لكن عين مدة الاجارة كذلك بأن آجره سنة ابتداؤها غرة رمضان ، كما قدمناه عن الزيلعي .

المادة ٤٩٣ = * لو عقدت الاجارة لسنة وكان قد مضى من الشهر بعض يعتبر منها شهر اياماً وباقي الشهور الأحد عشر بالهلال *

فإن آجر في عاشر ذي الحجة سنة ، فذو الحجة ان تم على ثلاثين يوماً ، فالسنة تتم على عاشر ذي الحجة . وان تم على تسعة وعشرين ، فالسنة تتم على الحادي عشر من ذي الحجة . فأن قيل هلاّ يلزم ان يتكرر عيد الاضحى في سنة واحدة ؟ قلت نعم ، لكن في السنة التي قدرت بها مدة الاجارة ، لا في السنة المعروفة . فالمحذور غير لازم ، واللازم غير محذور . كذا في رد المحتار .

وهذا الحكم عند محمد ، ورواية عن ابي يوسف كما تقدم . وقال ابو حنيفة تعتبر السنة بالايام ثلاثمائة وستين يوماً . كذا في الهندية .

ج — ٢

﴿ تنبيه ﴾

جميع ما تقدم من التفصيل فيما اذا اطلق العاقدان لفظ السنة او الشهر ، فإن الأصل فيهما عند الاطلاق ان يعتبر بالاهلة . فالسنة يراد فيها السنة القمرية ، والشهر يراد منه الشهر العربي ، لما تقدم . اما لو قيّد السنة بكونها شمسية ، والشهر بكونه رومياً ، او جرى عرف اهل بلدة ان تكون معاملاتهم بحساب السنة الشمسية والشهر الرومي ، فلا شك انه يعتبر ذلك . فلو آجره في اول يوم من آذار سنة شمسية او رومية ، فالسنة تتم في اول يوم من آذار الثاني . وكذا لو آجره في اول يوم منه شهراً رومياً ، فالشهر يتم في آخر جزء منه ، وهو آخر اليوم الحادي والثلاثين منه .

واما لو آجره في اليوم العاشر منه سنة شمسية ، فهل يعتبر الشهر الذي وقعت فيه الاجارة بالايام ، يعني ثلاثين يوماً ، لا بالشمس ، لتعذر اعتباره شمسياً بمضي عشرة ايام منه ، فتتم السنة في اليوم التاسع من آذار الثاني ، لكون آذار الشمسي واحداً وثلاثين يوماً كما قيل ذلك في السنة القمرية ، وهل إذا كانت الاجارة على شهر واحد رومي وقد مضى بعضه يعتبر بالايام ، يعني ثلاثين يوماً ؟ - لم اره منقولا ، وفي النفس من ذلك شيء ، فليحرر .

المادة ٤٩٤ — ﴿ لو استؤجر عقار شهريته كذا دراهم من دون بيان عدد الاشهر يصح العقد . لكن عند ختام الشهر الاول لكل من الآجر والمستأجر فسخ الاجارة في اليوم الاول وليلته من الشهر الثاني الذي يليه . واما بعد مضي اليوم الاول وليلته فليس لهما ذلك ﴾

اطلاق الصحة يقتضي ان العقد يصح في كل شهر ، وهو مخالف لما في التنوير تبعاً للهداية والتبيين ، من انه يصح العقد في شهر ويفسد في الباقي ، لجهالة

المدة قالوا : والاصل انه متى دخل «كل» فيما لا يعرف منتهاه ، تعيّن ادناه ، للصحة ، ويفسد ما زاد عليه ، لكن ينقلب صحيحاً بالسكنى .

لكن نقل الطوري عن المحيط ان هذا ، اي ما في الهداية والتبيين ، قول بعضهم . والصحيح ان الاجارة كل شهر جائزة ، واطلاق محمد يدل عليه ، فيجوز العقد في الشهر الاول والثاني والثالث . وانما يثبت خيار الفسخ في اول الثاني . لأنها مضافة الى المستقبل ، ولكل منهما فسخ المضافة اه .

وفي هذا التعليل نظر ، لأنه انما يتمشى على القول بعدم لزوم الاجارة المضافة ، وقد علمت ان فيه اختلاف التصحيح ، وان المجلة مشت على القول بلزومها .
فالاولى التعليل بما في الفتح ، وهو ان موضوع الاجارة ان لا تزيل الرقبة عن ملك المؤجر . ولو لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر ، لزال رقبة المستأجَر عن ملك المؤجر معنى ، لأنه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابد الدهر ، لأنه لا نهاية لجملة الشهور . فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر . وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر اه ملخصاً .

وعلل بعض المشايخ صحة العقد في كل شهر مع جهالة المدة ، بتعامل الناس عليها من غير نكير منكر . وما اعترض به الزيلعي على هذا التعليل من ان «التعامل اذ كان مخالفاً للدليل لا يعتبر اه» رده في الفتح بأن التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع ، والاجماع دليل قطعي ، والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد ، وهو موجب القياس ، والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي ، فضلاً عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته . على ان المقرر ان الجهالة المفسدة هي المفضية للنزاع ، وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية اليه اذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع اه . ملخصاً .

وقوله : « وفي اليوم الاول وليلته » هذا هو ظاهر الرواية ، وبه يفتي كما في الدر وحاشيته ، لأن محمداً انما اراد برأس الشهر في قوله « لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في رأس الشهر » من حيث العرف والعادة وهي

الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها ، وهذا كما قال محمد في كتاب الأيمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي هل فيها الهلال او في يومها ، لا يحنث استحساناً . افاده في الفتح . وقيل : رأس الشهر ساعة من اوله ، وعليه مشى القدوري وصاحب الكنز ، وهو القياس ، وفيه حرج . وفي البزازية : الاصح ان وقت الفسخ اليوم الاول مع ليلته ، واليوم الثاني والثالث ، وعليه الفتوى اه فقد اختلفت فيه الفتوى ، وقد تقرر انه اذا تعارضت الشروح والفتاوي ، فالاعتبار لما في الشروح . افاده في رد المحتار . ولهذا اختارته الجملة .

﴿ تنبيهات ﴾

الاول : يشترط لصحة الفسخ من احد العاقدين حضور الآخر ، كما في الدر . قال في حاشية رد المحتار : والحيلة ، اذا غاب ، ان يؤجره من آخر . فاذا انقضى الشهر ، صح العقد للآخر في الثاني ، وانفسخ الاول ، كما في جامع الفصولين — اي لأنه يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح (صايجاني)

الثاني : تخصيص العقار بالذكر ليس للاحتراز عن غيره ، بل هو مثال ، لانه لو استأجر ثوراً ليطحن عليه كل يوم بدرهم ، فالحكم كذلك (طوري)

الثالث : ذكر الشهرية ايضاً مثال ، فمثله لو آجره كل سنة او يوم او اسبوع ، كما في رد المحتار عن الرملي . اقول : وعليه ، فلينظر هل يعتبر اول السنة او الاسبوع اول ليلة ويومها منه ، كما في الشهر ، او يعتبر في السنة ثلاثة ايام من اولها ، كما مر عن البزازية ؟ واما اول اليوم ، فلا شك انه يعتبر فيه اول ساعة منه ، كما جرى عليه القدوري والكنز ، فليتأمل وليراجع .

﴿ وان قال احد العاقدين في اثناء الشهر فسخت الاجارة تنفسخ في نهاية الشهر . وان قال في اثناء الشهر فسخت الاجارة اعتباراً من ابتداء الشهر الآتي تنفسخ عند حلوله ﴾

يعني ان فسخ الاجارة فيما زاد على الشهر ، يكون بأحد طرق ثلاثة . اولها ما تقدم ، وهو ان يفسخ مريد الفسخ في اول يوم وليلة من الشهر الذي يريد فسخها فيه

الثاني : ان يقول في خلال الشهر « فسخت العقد » فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر . فإذا انقضى الشهر واهلّ الهلال ، عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ ، لأنه لم يجد نفاذاً في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذاً في وقته يتوقف الى وقت نفاذه . ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله تعالى في البيوع : اشترى عبداً على انه بالخيار ، فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار ، لم ينفذ هذا الفسخ ، بل يتوقف الى ان تزول الحمى في مدة الخيار . الثالث : ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر « فسخت العقد رأس الشهر » فيفسخ العقد اذا اهلّ الهلال ، ويكون هذا فسخاً مضافاً الى رأس الشهر . وعقد الاجارة يصح مضافاً فكذا فسخه اه (فتح ملخصاً)

والطريق الثاني مختلف فيه ، بخلاف الثالث ، كما في الزيلعي .

ولا تنس ان فسخ احدهما في اي طريق كان لا بد ان يكون بحضور الآخر

✻ وان كانت قد قبضت اجرة شهرين او ازيد فليس لاحدهما فسخ اجارة الشهر المقبوض اجرته ✻

هذا تقييد لقوله « لكل من الآجرين الخ » يعني هذا مقيّد بما اذا لم يكن شيء من الشهور معجلة اجرته . فلو قدم اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الأجرة ، فلا يكون لو احد منهما الفسخ في قدر المعجل اجرته ، لأنه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر ، فيكون كالمسمى بالعقد (زيلعي)

المادة ٤٩٥ = ✻ لو استأجر احدٌ اجيراً على ان يعمل يوماً من طلوع الشمس الى العصر او الى الغروب على وفق عرف البلدة في خصوص العمل ✻

فان كان العرف بينهم انهم يعملون من طلوع الشمس الى العصر ، فهو على ذلك . وان كان العرف انهم يعملون من طلوع الشمس الى غروب الشمس ،

فهو على ذلك . وان كان العرف مشتركاً ، فهو على طلوع الشمس الى غروبها ، اعتباراً لذكر اليوم . كذا في الخانية .

وفيها ، بعد ورقة : رجل استأجر دابة يوماً للركوب ، كان له ان يركب من طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس ، لأن اليوم حقيقة اسم لما بعد طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس ، وليس ههنا عرف ، بخلاف الحقيقة . وفيما اذا استأجر اجيراً يوماً ، تركت الحقيقة بحكم العرف .

رجل تكارى دابة ليلاً فإنه يركبها عند غروب الشمس ، ويردها عند طلوع الفجر الثاني ، وان تكارى دابة نهاراً ، لم يذكر في عذا الكتاب . قال بعضهم : يركبها من طلوع الشمس الى غروبها ، لأن النهار اسم للبياض . وقال بعضهم : هذا اذا كانا من اهل اللغة يفرقان بين اليوم والنهار . اما العوام لا يفرقون بين ذلك ، فيكون الجواب فيه كالجواب في اليوم اه .

وفي الهندية : وان تكارى دابة من الغدوة الى العشي ، يردها بعد زوال الشمس . قالوا : هذا في عرفهم ، فأما في عرفنا ، فالاجارة لا تنتهي بزوال الشمس ، وانما تنتهي بغروب الشمس ، لأن اسم العشاء في عرفنا ينطلق على ما بعد غروب الشمس اه .

وفيها : اذا استأجر رجلاً يوماً لعمل كذا ، فعليه ان يعمل ذلك العمل الى تمام المدة ، ولا يشتغل بشيء آخر ، سوى المكتوبة .

وفي فتاوي اهل سمرقند : قد قال بعض مشايخنا ان له ان يؤدي السنة ايضاً ، واتفقوا انه لا يؤدي نفلاً ، وعليه الفتوى . كذا في الذخيرة .

وفي غريب الرواية قال ابو علي الدقاق رحمه الله تعالى : المستأجر لا يمنع الأجير في المصر من اتيان الجمعة ، فيسقط من الأجر بقدر اشتغاله بذلك ان كان بعيداً . وان كان قريباً ، لم يحط عنه شيء من الأجر . فإن كان بعيداً فاشتغل قدر ربع النهار ، حط عنه ربع الأجر . فإن قال الاجير حط من الربع مقدار اشتغالي بالصلاة ، لم يكن له ذلك . ثم قال : يحتمل ان يحمل من الربع مقدار اشتغاله بالصلاة ، كذا في المحيط .

استأجر اجيراً شهرا ليعمل له كذا ، لا يدخل يوم الجمعة ، للعرف . وابتداؤه

من صلاة الفجر . كذا في خزانة الفتاوي اه .

وهذا كله اذا لم يتفق العاقدان على تعيين وقت لابتداء العمل وللفراغ منه ، والا فعلى ما اتفقا ، كما هو ظاهر .

المادة ٤٩٦ = ❊ لو استؤجر نجار على ان يعمل عشرة ايام ، تعتبر الأيام التي تلي العقد . وان كان قد استؤجر على ان يعمل عشرة ايام في الصيف ، فلا تصح الاجارة ما لم يعين انه بعمل اعتباراً من اي شهر واي يوم ❊

كذا في الهندية معزياً لوجيز الكردري . والظاهر ان الحكم كذلك وان كان عقد الاجارة وقع في الصيف ، لأن مدة الصيف تمتد ثلاثة اشهر ، وهو الذي يقتضيه قوله « ما لم يقل عشرة ايام من اول شهر كذا » تأمل . وعليه فتعليل عدم اعتبار المدة من وقت العقد بكونها انعقدت مضافة الى المستقبل ، عليل ، فافهم .

= الباب الخامس =

❊ في الخيارات — ويحتوي على ثلاثة فصول ❊

= الفصل الاول =

❊ في بيان خيار الشرط ❊

المادة ٤٩٧ = ❊ يجري خيار الشرط في الاجارة كما جرى في

البيع ويجوز الايجار والاستئجار على ان يكون احد الطرفين او كلاهما مخيّراً كذا اياماً ✻

فيه اشارة الى ان مدة الخيار يجوز ان تكون اكثر من ثلاثة ايام ، وهو قول الامامين ، وهو الذي اختارته المجلة في البيع ، كما تقدم في المادة (٣٠٠) لكن لا بد ان تكون المدة معينة ، فلو لم يبين وقتاً او ذكر وقتاً مجهولاً ، فسد العقد في ظاهر الرواية - الا اذا عينا المدة قبل تفرق المجلس . وكذا لو ابطل صاحب الخيار خياره ، فإن العقد ينقلب صحيحاً ، سواء كان الابطال قبل الثلاث او بعدها . وعند ابي حنيفة قبل الثلاث نعم ، وبعدها يبقى فاسداً كما تقدم في شرح المادة المذكورة .

وتقدم ايضاً انه كما يجوز الخيار لأحد المتبايعين يجوز لأجنبي ، كما لو اشترى بشرط الخيار لفلان ، صح ، وثبت الخيار له ولفلان . فإن اجاز احدهما او نقض ، صح ان وافقه الآخر . وان اجاز احدهما ونقض الآخر ، فالأسبق اولى : ولو كانا معاً ، فالفسخ احق على الاصح ، لأن المجاز يفسخ ، والمفسوخ لا يجاز : والظاهر ان هذا يجري ايضاً في الاجارة ، لأنها بيع المنافع ، فليراجع .

المادة ٤٩٨ — ✻ من له الخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء اجاز في مدة خياره ✻

قدمنا في شرح المادة (٣٠١) ان صاحب الخيار ليس مخيراً باجازته ، فإن العقد يتم بمضي المدة وان لم تصدر منه اجازة . وفي رد المحتار : لو استأجر دكاناً شهراً على انه بالخيار ثلاثة ايام ، يفسخ فيها . فلو فسخ في الثالث منها ، لم يجب اجر اليومين ، لأن ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار . وفيه اشعار بأنه لا يشترط حضور صاحبه ولا علمه ، خلافاً لأبي حنيفة ومحمد . والاول اصح وقيل : للمفتي الخيار ، كما في المضمرات اه .

والخلاف المذكور في اشتراط علم الآخر وعدمه ، انما هو في صورة الفسخ . واما الاجازة ، فتصح وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق ، لكونه راضياً وقت اثبات الخيار (صرح به في مجمع الانهر)

ثم ان اشتراط العلم ، اذا كان الفسخ بالقول . فلو كان بالفعل ، كالبيع ونحوه ، يجوز بلا علمه بالاتفاق ، لأنه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي . كذا في مجمع الانهر .

ثم لو كان الخيار لهما ، فلا عبرة للاجازة مع الفسخ سواء سبق الفسخ او الاجازة او كانا معاً ، كما تقدم في المادة (٣٠٧) وشرحها .

المادة ٤٩٩ — ✱ كما ان الفسخ والاجازة على ما ذكر في المواد ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٤ يكونان قولاً كذلك يكونان فعلاً . بناء عليه لو كان الآجر مخيراً وتصرف في المأجور بوجه من لوازم التمليك فهو فسخ فعلي . وتصرف المستأجر المخير في المأجور كتصرف المستأجرين اجازة فعلية ✱

الاجازة والفسخ القوليان سواء كانا من الآجر او المستأجر ، مثالها ظاهر . واما الاجازة والفسخ الفعليان ، فاما ان يكونا من الآجر بأن كان الخيار له ، او من المستأجر اذا كان الخيار له . فصارت الصور اربعاً ، صرحت هذه المادة بذكر صورتين منها وهما الفسخ الفعلي من الآجر والاجازة الفعلية من المستأجر . وبقي صورتان ، الاجازة الفعلية من الآجر والفسخ الفعلي من المستأجر .

اما الاولى ، وهي الفسخ الفعلي من الآجر فبأن يتصرف بالمأجور تصرفاً هو من لازم التمليك لعين المملوك او لمنفعته ، كما اذا باع المأجور او وهبه وسلم او رهن او آجر وان لم يسلم على الاصح او عرض المأجور للبيع او امكن احداً في الدار ولو بلا اجرة .

واما الاجازة الفعلية من المستأجر ، فبأن يتصرف بالمأجور تصرف المستأجرين ،

كأن يسكن الدار او يسكنها غيره او يؤجرها من غيره او يركب الدابة المأجورة لقضاء حاجة نفسه .

واما الاجازة الفعلية من الآجر ، فبأن يشتري من المستأجر شيئاً بالأجرة او يساومه شيئاً بها او يشتري شيئاً من غير المستأجر بها . وكذا لو كانت الأجرة عيناً فقبضها وتصرف بها ببيع او هبة . واما لو كانت ديناً فقبضها او سلم المأجور للمستأجر ، فلا يكون ذلك اجازة . واما الفسخ الفعلي من المستأجر فبأن تكون الأجرة عيناً فيتصرف فيها المستأجر تصرف الملاك . وتمامه فيما كتبناه في شرح المادة (٣٠٤)

المادة ٥٠٠ — ﴿ لو انقضت مدة الخيار قبل فسخ المخير واجازته يسقط الخيار وتلزم الاجارة ﴾

لأن خيار الشرط موضوع للفسخ لا للاجازة عندنا ، فإذا فات الفسخ بمضي وقته ، تم العقد اه (هندية) حتى لو اغمي عليه او جن او نام او سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة ، فالصحيح انه يسقط الخيار . كذا في مجمع الانهر . واما لو مات من له الخيار فلا يقال فيه انه يبطل خياره ، لأن الاجارة تنفسخ بموت احد المؤجرين . واما ما في الهندية من انه لو مات من له الخيار في اثناء المدة فإنه يبطل خياره ، فانما هو في البيع لا في الاجارة ، فافهم .

المادة ٥٠١ — ﴿ مدة الخيار تعتبر من وقت العقد ﴾

ان كان شرط الخيار مقروناً بالعقد . وان كان بعده ، فمن وقت اشتراطه . بيان ذلك ان شرط الخيار كما يصح مقارناً للعقد ، يصح اذا وقع بعده ، كما ذكروا ذلك في البيع — كما لو آجره ، ثم بعد ايام قال جعلتك بالخيار ثلاثة ايام مثلاً فإنه يصير مخيراً . وابتداء مدة الخيار من وقت التخيير ، كما هو ظاهر .

ج — ٢

المادة ٥٠٢ — ❊ ابتداء مدة الاجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار ❊

حتى لو كان الخيار للموءجر ودفع الدار للمستاجر فسكنها قبل ان يسقط الموءجر خياره ، لم يكن على المستأجر اجر ما سكن . وانما يلزمه الأجر لما سكن بعد الاجازة من يوم الاجازة ، كما في الخانية .

وفيها : رجل آجر دابته على ان يكون بالخيار ساعة من النهار ، فركبها المستاجر يعني قبل سقوط الخيار ، فسرقت ، فإنه يضمن قيمتها ولا يضمن الآجر . وان كان الخيار للمستأجر ، كان عليه الأجر ولا يضمن قيمة الدابة اه اى لما تقرر من ان ابتداء مدة الاجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار فاذا ركب قبله يكون غاصباً . بخلاف ما اذا كان الخيار للمستأجر ، فإن ركوبه يكون اجازة فعلية ، فقد ركب بحكم الاجارة فلا يضمن بلا تعد .

المادة ٥٠٣ — ❊ لو استوءجرت ارض على ان تكون كذا ذراعاً او دونماً وخرجت زائدة او ناقصة تصح الاجارة ويلزم الاجر المسمى لكن المستأجر مخير حال نقصانها فله ان يفسخ الاجارة ان شاء ❊

لأن الذرع في الارض وصف لها لا يقابله شيء من الثمن . فإذا نقص الذرع فقد فات المستأجر وصف مرغوب فيه ، فكان له الخيار بين الفسخ او الأخذ بكل الاجرة كالثمن في البيع . — وهذا اذا لم يكن الذرع مقصوداً بتناول عقد الاجارة ، والا كان اصلاً لا وصفاً ، كأن آجره الارض بألف على انه مائة دونم كل دونم بعشرة فزادت او نقصت ، فله الخيار حينئذ بين الفسخ والاخذ بحساب الدونم ،

كما ينبئ عن ذلك المادة (٢٢٥) وانما لم يكن للمؤجر خيار في حال زيادتها لما تقرر آنفاً من ان الذرع في الارض وصف لا يقابله شيء من الثمن ، فصار كما اذا آجره الدار على انها معيبة ، فوجدها المستأجر سليمة .

المادة ٥٠٤ - ❊ لو استؤجرت ارض على ان يكون كل دونم منها بكذا دراهم يلزم اعطاء الاجرة بحساب الدونم ❊

لان الاجارة على هذا الوجه صحيحة في جميعها بلا خيار للمستأجر ، كالبيع . وهذا قول الامامين ، وبه يفتى ، وعليه مشت المجلة ، كما تقدم في المادة (٢٢٠) وشرحها .

المادة ٥٠٥ = ❊ يجوز عقد الاجارة على عمل عينت اجرته وشرط ايفاؤه في الوقت الفلاني ويكون الشرط معتبراً ❊

اعلم ان الجمع في الاجارة بين الوقت والعمل ، كأن يستأجر خبازاً ليخبز له كذا قفيز دقيق اليوم بدرهم ، مفسد للعقد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لجهالة المعقود عليه ، هل هو العمل او الوقت ، فيفضي الى المنازعة ، لأن المؤجر يقول ، المعقود عليه العمل والوقت ذكر للتعجيل ، لئلا يعطي الآجر الى الاجير الا بعد تمام العمل ، والمستأجر يقول بل هو الوقت والعمل للبيان ، فيستحق الاجر بمضي المدة سواء عمل او لم يعمل .

وقال الصاحبان : الاجارة صحيحة ويقع العقد على العمل ، وذكر الوقت للتعجيل ، لأن العمل هو المعقود وهو معلوم فيحمل عليه تصحيحاً للعقد عند تعذر الجمع بينهما . وظاهر كلام الزيلعي ترجيح قولهما .

وهذا الخلاف مقيد بقيود . الأول : ان يؤخر ذكر الاجرة في العقد عن

كل من العمل والوقت ، كما هو في المثال السابق ، او بقدمهما عليهما . فلو وسطهما يكون المعقود عليه هو المتقدم اتفاقاً ، لتمام العقد بذكر الأجر ، ثم المتأخر ، ان كان وقتاً ، فللتعجيل . وان كان عملاً ، فللبيان العمل في ذات الوقت ، فلا يفسد .

الثاني ان يكون العمل مبين المقدار معلوماً حتى يصلح كونه معقوداً عليه فيزاحم الوقت ، كالمثال السابق . فلو لم يبين ، صح اتفاقاً ، لأنه لجهالته كأنه لم يذكر الا الوقت ، فيكون هو المعقود عليه — كما اذا استأجر رجلا يوماً ليبني له بالآجر والجص ، جازت الاجارة بلا خلاف ، وكان المعقود عليه هو الوقت لعدم صحة ايراد العقد على العمل ، لعدم بيان مقداره . ومنه ما اذا استأجره شهراً لرعي الغنم لعدم صحة كون العمل معقوداً عليه ، لأنه لم يبين مقدار الغنم .

الثالث : ان لا يذكر الوقت بفي الظرفية ، والا صحت اتفاقاً ، لأن كلمة « في » للظرف لا لتقدير المدة ، فلا يقتضي الاستغراق ، فكان المعقود عليه العمل ، وهو معلوم — بخلاف ما اذا حذفت ، فإنه يقتضي الاستغراق ، فصح ايراد العقد على الوقت ، فتكون المسألة على الخلاف .

الرابع : ان لا تذكر المدة على وجه الاشتراط بأن يقول على ان تفرغ منه اليوم ، والا صحت الاجارة اجماعاً ، لأن الوقت لم يذكر مقصوداً كالعمل حتى يضاف العقد اليها ، بل ذكر لاثبات صفة في العمل ، والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والتبيين للزيلعي .

اذا تمهد هذا ، تعلم ان جواز عقد الاجارة في الصورة التي تضمنتها هذه المادة هو من المسايل المتفق عليها بين الامام وصاحبيه للتصريح فيها بأن عقد الاجارة وقع على العمل ، وان الوقت ذكر على وجه الاشتراط فضلاً عن تصديره بفي الظرفية ، فلا وجه لما قاله الشارح سليم باز من انها جارية على قول الصاحبين . نعم لو كان عقد الاجارة في صورة يصح ايراد العقد فيها على كل من العمل والوقت كصورة استئجار الخباز المذكورة آنفاً ، تكون الاجارة مختلفاً في جوازها ، وقد علمت ترجيح الزيلعي قولهما فيؤخذ به ، فافهم .

❋ مثلا لو اعطى احد لخياط ثياباً على ان يفصلها ويخيطها هذا اليوم او لو استكرى احد جملاً بشرط ان يوصله في عشرة ايام الى مكة تجوز الاجارة . والآجر ان اوفي الشرط استحق الأجر المسمى والا استحق اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى ❋

لأن المعقود عليه هو العمل ، وانما ذكر الوقت للاستعجال. ان عجل فقد وفي بالشرط ليستحق المسمى ، وان لم يعجل ولم يف بالشرط كان له اجر المثل لا لفساد الاجارة ، بل لفوات الشرط المرغوب فيه . كذا في الخانية .

والظاهر انه لا بد لصحة الاجارة في مسئلة الخياط من بيان محل العمل من قميص او قباء او غيرهما ، والا يكون العمل مجهولاً فتفسد الاجارة ، كما يعلم ذلك من الخانية ايضاً .

ولو ان الخياط لم يف بشرط الخياطة في ذلك اليوم وطالبه المستأجر بذلك فلم يفعل حتى سرق الثوب بلا تقصير في الحفظ ، هل يكون الاجير ضامنا او لا؟ ذكر في الدر ما يفيد ان عدم الضمان هو المعتمد . ثم قال : واجاب شمس الائمة بالضمان . ونقل في حاشية رد المحتار عن جامع الفصولين أن ائمة بخاري افتوا بالضمان . اقول : الحكم في المسئلة بصحة الاجارة يقتضي ان يد الاجير على الثوب يد امانة . وتأخيره العمل عن اليوم المعين لا يخرجه عن كونه امانة في يده ، فلعل ما اجاب به شمس الائمة وافتى به ائمة بخاري محمول على ما اذا طلب المستأجر اعادة الثوب فامتنع عن رده بلا عذر ، او على ان الاجير قد قصر في الحفظ .

وينبغي ان لا يتردد في عدم الضمان لو وقعت السرقة بعد الخياطة، لأنهم لم يذكروا خلافاً في وجوب اجرة مثل الخياطة ، ولو كان مضموناً لما اوجبوا اجر المثل لانفساخ عقد الاجارة حينئذ ، لكونه صار مغصوباً ، فيصير كما لو جحد الثوب ثم جاء به مقصوراً ، فإنه لا اجر له اذا كان فعل القصارة بعد الجحود ، لأنه كان وقتئذ مضموناً ، فليتأمل .

ثم ظهر لي ان المسئلة من باب ضمان الاجير المشترك لما هلك في يده ، وفيها الخلاف بين الامام وصاحبيه ، وما افتى به المتأخرون ، وهي مشهورة . فما اعتمده في الدر جارٍ على قوله . «وما افتى به ائمة بخاري جار على قولهما» ، فليتأمل .

المادة ٥٠٦ — ✻ يصح ترديد الأجرة على صورتين او ثلاث : في العمل والعامل والحمل والمسافة والزمان والمكان . ويلزم اعطاء الأجرة على موجب الصورة التي تظهر فعلا . مثلا لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً فلك كذا وان خطت غليظاً فلك كذا فأي الصورتين عمل له اجرتها . ولو استأجر حانوتاً بشرط انه ان اجرى فيه عمل العطارة فاجرته كذا وان اجرى فيه عمل الحدادة فكذا فأي العملين اجرى فيه يعطي اجرته التي شرطت . وكذا لو استكريت دابة بشرط ان حملت حنطة فأجرتها كذا وان حملت حديداً فكذا فايهما حمل يعطي اجرته التى عينت . او لو قيل للمكاري استكريت منه هذه الدابة الى جور لي بكذا والى ادرنه بكذا والى فلبة بكذا فالى ايهما ذهب المستأجر يلزمه اجرة ذلك . وكذا لو قال الآجر آجرت هذه الحجرة بكذا وهذه بكذا فبعد قبول المستأجر يلزمه اجرة الحجرة التي سكنها وكذلك او ساوم احدٌ الخياط على ان يخيط له جبة بشرط ان خاطها اليوم فله كذا وان خاطها غدا فله كذا تعتبر الشروط ✻

يعني يجوز ان يجعل الاجر متردداً بين تسميتين لجعل العمل متردداً بين نوعين

او عاملين اوزمانين او مكانين ، واذا كان المأجور دابة و نحوها بين مسافتين او حملين . ويجوز ايضاً ان يجعل الترديد بين ثلاث ، ولا يجوز في اكثر من ذلك ، كما لا يجوز خيار التعيين في المبيع في اكثر من ثلاثة ، لما تقدم في البيوع من ان مشروعيته لدفع الحاجة ، وهي مترددة بين الاعلى والوسط والادنى ، فلا حاجة في اندفاعها لأكثر من ذلك . غير ان الاجارة على هذا الوجه لا يحتاج في صحتها الى خيار الشرط معها ولا الى ضرب مدة — بخلاف البيع مع خيار التعيين ، فإن في اشتراط خيار الشرط معه لصحته ، روايتين مصححتين . وعلى القول بعدم اشتراط ذلك ، فلا بد من تعيين مدة لخيار التعيين ، لأن الثمن يجب في البيع بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع الا باثبات الخيار . — بخلاف الاجارة ، فإن الأجر لا يجب فيها الا بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً (ز يلعي)

ثم ان المجلة قد ذكرت امثلة الترديد مجملة ، فلا بد من الكلام فيها مفصلاً لتعلم كل مسئلة بعانها معا فيها من خلاف او وفاق . فنقول : اما المسئلة الاولى ، وهي ما لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً الخ ، فهي مما جعل فيها ترديد الأجرة لترديد نوع العمل . ونظيرها ما اذا قال : ان خطته فارسياً فبدرهم وان خطته رومياً فبدرهمين . وما ذكر فيها من الحكم بصحة الاجارة واعتبار الشرطين متفق عليه ، كما في التبيين والخانية وغيرهما . لأنه سمي نوعين معلومين من العمل ، وسمى لكل منهما بدلاً معلوماً ، فيجوز . كما اذا خيره في البيع بين عبدين على ما بين في موضعه . والظاهر ان من هذا ما في الهندية عن البدايع : لو قال لصباغ ان صبغت هذا الثوب بأصفر . فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان ، فذلك جائز . ولو قال ان خطته انت فأجرك درهم وان خاطه تلميذك فأجرك نصف درهم ، فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء اه .

واما المسئلة الثانية ، وهي ما لو استأجر حانوتاً بشرط ان اجرى فيه عمل العطارة الخ ، فهي مما جعل فيها ترديد الاجرة لترديد العامل ، كما في الدر والحكم المذكور فيها من صحة الاجارة واعتبار الشرطين هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لأنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل منهما اجرة معلومة ، فوجب

ان تجوز كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية . وعندهما لا تجوز هذه الاجارة، وسيأتي تعليله .

واما الثالثة ، وهي ما اذا استكريت دابة بشرط ان حملت حنطة الخ ، فهي مما جعل ترديد الاجرة فيه لترديد الحمل في الدابة . ونظيرها ما اذا استأجر دابة الى مكان معلوم على انه ان حمل هذه الحمولة فالأجرة عشرة ، وان ركبها فالاجرة خمسة ، كما في الهندية ، والحكم المذكور فيها على الخلاف المار فيما قبلها .

واما المسئلة الرابعة ، وهي ما لو قيل للمكاري استكريت منك هذه الدابة الى جورلي بكذا الخ ، فهي مما جعل فيه ترديد الاجرة لترديد المسافة في الدابة، كما في الدر ، والحكم المذكور فيها على الخلاف المذكور قبلها .

وجه قول الامامين بفساد الاجارة في هذه المسايل الثلاث ان الاجرة فيها تجب بالتسليم ، والقاعدة عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز ان يكون متردداً بين شيئين عند التسليم ، لأنه لا يدري ايهما يجب ، فتفسد الاجارة .

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان خيّره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحدمنهما اجرة معلومة ، فوجب ان يجوز ، كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية، والاجرة وان وجبت عند التسليم ، لكن الاجارة تعقد للانتفاع . فالظاهر انه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة . كذا في التبيين .

وعلل العيني على الكنز قول الامام بما نصه : وله ان اقل الأجرتين يجب بتسليم المحل ، والزيادة موقوفة على ظهور العمل . ولو كان كل الاجرة موقوفا على ظهور العمل، كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية ، جاز ، فهذا اولى اه .

واختلفت عبارة المشايخ على قول ابي حنيفة في هذه المسايل الثلاث فيما اذا لم تستوف المنافع فعلاً بأن سلم المؤجر الدار ولم يسكن المستأجر فيها لا حداداً ولا عطاراً ، وكذا اذا سلم الدابة ولم يحمل عليها شيئاً ولم يركبها مع التمكن من ذلك ، فعند بعض المشايخ يجب نصف كل من البدلين ، اذ ليس احدهما اولى من الآخر ، فيجعل التسليم لهما . والصحيح انه يجب اقل البدلين لأنه لا يكون اكثر ضرراً من الانتفاع بأقلهما ضرراً (افاده في الهندية والتبيين)

لكن ذكر في الهندية عن الذخيرة ان الحكم المذكور في المسئلة الرابعة من صحة الاجارة واعتبار كل من الشرطين ، هو قول علمائنا . وفيها عن الكافي : ذكر محمد هذه المسئلة ولم يحك فيها خلافاً ، فاحتمل ان يكون قول الكل ، واحتمل ان يكون قول ابي حنيفة . وعندهما لا يجوز .

وفيها عن المحيط : وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى ان من استأجر من آخر دابة على انه ان اتى عليها الكوفة فبعشرة ، وان اتى القصر وهو المنتصف فبخمسة ، فهو جائز . قال : وان قال : وان اتى القصر وهو المنتصف بستة لا يجوز ، قال : فانه اذا اتى قصر لا يدري ما عليه ستة او خمسة اه فليتدبر .

واما المسئلة الخامسة وهي ما لو قال الآجر آجرت هذه الحجرة بكذا وهذه بكذا ، فهي مما جعل فيه ترديد الأُجرة لترديد مكان المنفعة . والحكم المذكور فيها متفق عليه ، كما يعلم من الهندية والتبيين . فهي كما اذا خيره في البيع بين عبدين . والظاهر ان منه ما في الخانية : لو قال لراد الآبق ان رددته من موضع كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا ، جاز . وكذا لو قال للخياط ان خطت هذا الثوب فلك درهم وان خطت هذا الثوب الآخر فلك نصف درهم اه .

واما المسئلة السادسة ، وهي ما لو ساوم احدٌ الخياط على ان يخيط له جبة الخ ، فهي مما جعل فيه ترديد الأُجرة لترديد زمان العمل ، كما في الدر . ونظير هذا ما في الطوري عن اجارة الأصل : لو قال ان خطته اليوم فلك درهم ، وان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم اه .

والحكم المذكور فيها ، وهو صحة عقد الاجارة مع اعتبار الشرطين ، هو قولهما . وعند ابي حنيفة يصح الشرط الاول ، ولا يصح الشرط الثاني : فلو خاطه في اليوم الاول يجب المسمى في ذلك اليوم اتفاقاً . وان خاطه في اليوم الثاني ، فعندهما ، وهو الذي مشت عليه المجلة ، يجب المسمى فيه . وعند ابي حنيفة يجب اجر المثل لا يزاد على المسمى في اليوم الثاني ، على ما صححه القدوري ، كما في الخانية . ولو خاط نصفه اليوم ونصفه غداً ، فله نصفه وفي الغد اجر المثل لا ينقص عن ربع

درهم ولا يزيد على النصف ، وعندهما ثلاثة الارباع (هندية) وهو الذي مشت عليه المجلة .

اما لو خاطه في اليوم الثالث فله اجر مثله في قولهم جميعاً ، لا يتجاوز المسمى في اليوم الثاني ، وينقص عنه ان كان اجر مثله اقل منه ، على ما هو الصحيح من قول ابي حنيفة وصاحبيه ، كما في الهندية .

وهذا ، اي الحكم بصحة الاجارة واعتبار الشرطين ، اذا ردد في الأجرة بين الكثير والقليل ، كما مثل . واما لو ردد بين التسمية والنفي ، بأن قال : ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلا اجرة لك ، فلا يكون الحكم كذلك ، بل ان خاطه اليوم فله المسمى ، وهو الدرهم . وان خاطه غدا ، فله اجر مثله ، لا يزاد على درهم في قولهم جميعاً ، لأن نفي التسمية لا ينفي اصل العقد ، فكان في اليوم الثاني عقداً لا تسمية فيه ، فيجب اجر المثل (طوري عن المحيط ملخصاً) فما نقله الشارح سليم باز عن رد المحتار من ان ترديد الاجرة قيد اتفاقي اذ لا فرق بين ترديدها ونفيها ، غير سديد بالنسبة ما مشت عليه المجلة ، وهو قول الامامين ، ان الشرطين معتبران . نعم هو سديد بالنسبة لما مشى عليه في التنوير ، وهو قول الامام ، انه يعتبر الشرط الاول دون الثاني ، فافهم .

وما نقله الطوري عن المحيط ذكر مثله في الخانيه ولم يذكر في المسئلة خلافاً ، وكذا صرح في الهندية عن محيط السرخسي بأنه ان خاطه في الغد فله اجرة مثله لا يزاد على درهم بالاجماع اه قال : لأن الاجارة تمليك بعوض فيلزمه اجر المثل ، كما لو قال استأجرتك بغير شيء اه فما نقله الطوري بعد ذلك عن العناية من ان العقد يفسد لأنه شرط القار وقيل يصح في اليوم ويفسد في الغد مشكل ، فتأمل .

وفي التتارخانية ، بعد ان ذكر هذا الفرع ، ما نصه : هذا اذا جمع بين الأمرين ، يعني اليوم والغد . فلو افرد العقد على اليوم بأن قال ان خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد ، لم يذكر محمد هذا في شيء من الكتب . وكان الفقيه ابو بكر البلخي يقول : على قولهما يستحق اجر المثل اذا خاطه في غد ، وعلى قول الامام لقايل ان يقول يجب ، ولقايل ان يقول لا يجب ذلك ،

وان يقول هذا العقد فاسد على قول الامام ، لأنـه جمع بين الوقت والعمل ولم تقم قرينة على انه اراد بالوقت التعجيل ، فما وجه القول بالصحة اهـ.

لكن في شرح مسكين على الكنز ، ما نصه : اما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم ، كان له درهم وان خاطه في الغد . وكذا ان قال ان خطته غـدا فلك نصف درهم ، كان له نصف درهم . وان خاطه في اليوم (كذا في الجامع الصغير البرهاني) اهـ فتأمل ، فإنه يخالف ما في التتارخانية . ولا فرق بين تقديم اليوم على الغد ، وبين العكس ، فلو قال : ان خطته غدا فلك نصف درهم وان خطته اليوم فلك درهم ، فعندهما يصح الشرطان ، وعند ابي حنيفة يصح الشرط في الغد ولا يصح في اليوم ، كما في الطوري .

وفي الهندية : ولو قال ما خطته اليوم فبحساب درهم وما خطته غداً فبحساب نصف درهم ، يفسد ، لأنه مجهول . وكذا لو قال ما خطت من هـذه الثياب رومياً فبكذا ، اوما خطته فارسياً فبكذا ، فهو فاسـد لجهالة العمل . ولو قـال استأجرتك غداً لتخيطه بدرهم فخاطه في اليوم ، فلا اجر له ، لأن الاضافة صحيحة . كذا في الغياثية . ولو استأجر يوماً بدرهم فإن بداله فكل يوم بدرهم ، فالاجارة فاسدة قياساً ، وفي الاستحسان جائزة . كذا في محيط السرخسي اهـ .

وفيها : روى بن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في رجل استأجر رجلاً على عدل زطي وعدل هروي ، وقال احمل اي هذين العدلين ان شئت الى منزلي على انك ان حملت الزطي فلك اجر درهم وان حملت الهروي فلك اجر درهمين ، فحمل الهروي والزطي جميعاً الى منزله ، فالاجارة جائزة ، وايهما حمل اول مرة فهوالذي لاقاه الاجارة ، وهومتطوع في حمل الآخر ضامن له ان ضاع ، في قولهم جميعاً . وان حملها جملةً فله نصف اجر كل واحد منها ، وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند ابي حنيفه رحمه الله تعالى ان ضاعا . وعلى قولها ضمنها ان ضاعا وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى : اذا قال لغيره : ان حملت هذه الخشبة الى موضع كذا فلك درهم ، وان حملت هذه الخشبة الأخرى الى ذلك الموضع فلك درهمان فحملها جملةً الى ذلك الموضع ، فله درهمان . اوجبا كثر الأجرين بكماله . وانه يخالف رواية ابن سماعة في العدلين . كذا في الذخيرة اهـ .

= الفصل الثاني =

﴿في خيار الروية﴾

المادة ٥٠٧ — ﴿للمستأجر خيار الروية﴾

التقييد بكون الخيار للمستأجر يقتضي ان المؤجر لا خيار له ، كما لا خيار للبائع . قال الحموي : ولم اره ، اي منقولاً . وهكذا بحثه غيره ، وهو ظاهر استدلالهم هنا بالحديث «من اشترى شيئاً ولم يره فله الخيار» وقولهم انه بيع المنفعة ، و به افتى منلا علي التركماني . كذا في رد المحتار — اقول: لكن يستثني من هذا ما سيأتي في المادة (٥١١) فإن الاجير المشترك له خيار الروية في كل عمل يختلف باختلاف المحل ، مع انه بايع المنفعة ، فهو موجر نفسه للعمل ، فليتأمل .

المادة ٥٠٨ — ﴿روية المأجور كروية المنافع﴾

ولهذا اشترط لصحة الاجارة عدم جهالة فاحشة ، كما تقدم في المادة (٤٤٩) لأنه لما كان محل المنفعة ، و به تعلم ، قام مقامها وان كانت هي المبيعة في نفس الأمر .

المادة ٥٠٩ — ﴿لو استأجر احد عقاراً من دون ان يراه يكون مخيراً عند رويته﴾

التقييد بالعقار ليس للاحتراز عن غيره ، بل هو مثال ، فمثله الدابة والعبد

والثوب كما هو ظاهر . كما ان التقييد بالعندية في قوله « عند رؤية » اتفاقي ، لا ن له الفسخ قبل ان يراه ايضاً .

والمراد ان يكون مخيراً من حين العقد الى ان يراه ، كما تقدم في البيع . ثم اذا رآه لا يسقط خياره ، حتى يوجد منه الرضى قولاً او فعلا . قال في الهندية : رجلٌ استأجر كرماً لم يره وقد كان باع صاحب الكرم الاشجار قبل الاجارة حتى صحت الاجارة ، كان للمستأجر خيار الرؤية في الكرم . ولو تصرف في الكرم تصرف الملاك بطل خيار الرؤية ، كذا في الذخيرة . ولو اكل الثمار من ذلك الكرم لا يبطل خيار الرؤية في المأجور ، لأ نه تصرف في المشتري دون المستأجر ، كذا في فتاوي قاضي خان اه ما في الهندية . ولا يشترط في هذا الفسخ القضاء والرضى .

وهل يجوز بدون حضور المؤجر وعلمه ؟ – الذي يشعر به ماسيأتي عن الفصولين ، انه لا يشترط ذلك . وفي رد المحتار عن القهستاني ، قال : وينبغي ان يكون فيه الخلاف المار في خيار الشرط بين ابي يوسف والطرفين . وقد قدمنا ان قول ابي يوسف بعدم اشتراط ذلك هو الاصح ، وان الخلاف فيما اذا كان الفسخ قولياً . وفي الفسخ الفعلي لا يشترط ذلك اتفاقاً . راجع شرح المادة (٤٩٨) ولو كان المأجور اشياء متفاوتة ، كثلاثة افراس اوحوانيت فاستأجرها صفقة واحدة ولم يرها ، فله الخيار بين ان يأخذها كلها او يتركها ، وليس له تفريق الصفقه باستئجار البعض وترك الباقي ، كما تقدم نظيره في المادة (٣٣٨) لأن خيار الرؤية يمنع تمام العقد ، وتفريق الصفقة قبل تمام العقد لا يجوز ، ولذا قال في الفصل الثلاثين من الفصولين : لو استأجر قطعات من الارض صفقة واحدة ثم رآها فله فسخ الأجارة في الكل وليس له ان يرضى بالبعض ويترك البعض اه .

المادة ٥١٠ – ❋ من استأجر داراً كان قد رآها رؤيةً كافية من قبل ليس له خيار الرؤية الا لو تغيرت هيأتها الاولى بانهدام محل

يكون مضراً بالسكنى فحينئذ يكون مخيراً ☼

يشترط مع الروية الكافية ان يكون قد رآها بقصد الاستئجار ، وان يكون حين الاستئجار عالماً بأنه ، اي المأجور ، هو الذي كان رآه سابقاً ، والا فلا تعتبر ، لأنه اذا رآه لا بقصد الاستئجار لا يتأمل كل التأمل ، فلم تقع الروية معرفة ، ولأن استئجاره غير عالم بأنه هو المرأي لا يدل على رضاه به .

وانظر فيما اذا ثبت له الخيار لتغير هيأة الدار ، هل يكون خياره من باب خيار الروية فتعتبر فيه احكام خيار الروية ، او من باب خيار العيب فتعتبر فيه احكام خيار العيب الآتية في الفصل الثالث الآتي — يحتمل الاول ، وهو الذي يقتضيه تعليل المسئلة المذكورة في المادة (٣٢٢) من انه بسبب التغير لم تقع الروية السابقة معلمة باوصافه ، فكانت رويته وعدمها سواء . ويحتمل الثاني لانطباق المسئلة على احكام المادة (٥٠٤) التي هي من مواد مسائل خيار العيب وهذا هو الأظهر ، فليتأمل .

ولو اختلف العاقدان فقال المستأجر تغير ، وقال الموجر لم يتغير ، فالظاهر ان القول للموجر بلا تفصيل ، لأنه ينكر التغير ، لأن التغير الذي يثبت معه الخيار في الاجارة كالانهدام المذكور لا يكون الا بسبب عيب عارض ، وهذا لا يفصل فيه بين طول المدة وقصرها كما تقدم ذلك في شرح المادة (٣٣٢)

ولو اختلفا في اصل الروية ، بأن قال الموجر رأيت قبل الاجارة وقال المستأجر ما رأيت ، وكذا لو قال رأيت بعد الاجارة ثم رضيت فقال رضيت قبل الروية ، فالقول للمستأجر ، لأنه ينكر الروية ، وقد تقدم هذا في شرح المادة المذكورة .

المادة ٥١١ — ☼ كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فللاجير فيه خيار الروية . مثلا لو ساوم احد الخياط على ان يخيط له جبة فالخياط

بالخيار عند رؤية الجوخ او الشال الذي يخيطه *

اعلم ان هاهنا اصلين : احدهما ان الاستئجار على عمل في محل هو عنده ، جائز . وفي محل ليس عنده ، لا يجوز ، كبيع ما ليس عنده ، لأن اقامة العمل في المعدوم لا يتصور (خانية ، ذكره في المنح عن المجتبى ، ومثله في البزازية) فلو استأجر رجلا ليحلج له كذا منّا من القطن او ليقصر له كذا ثوباً وليس عند المستأجر ثوب ولا قطن ، لا يجوز . وان كان عنده ولم يره ، فللاجير خيار الرؤية في الثياب ، لا في القطن . ذكر هذا في الهندية عن خزانة الفتاوي .

ثم لو استأجره على عمل في محل هو عنده لكنه لم يره المحل ، فإن ذكر جنسه فقط ولم يبالغ في وصفه ، لا تجوز الاجارة ايضاً ، لجهالة مقدار العمل . وان بالغ في وصفه على وجه يصير مقدار عمله معلوماً فالاجارة جائزة . هذا حاصل ما يفهم من الهندية والخانية ، وبه تعلم ان صحة الاجارة في الثياب في مسئلة خزانة الفتاوي المارة مقيدٌ بما اذا بين وصف الثياب حتى علم مقدار العمل .

الأصل الثاني : ما ذكر في هذه المادة وما يليها . وبما ذكرنا تعلم ان ما ذكره في الهندية عن الصدر الشهيد من انه اذا استأجر رجلاً ليصنع له عشرين قدرة من الصفر بأجر معلوم ، ففعل ذلك بالعشرة وامتنع عن الباقي ، قال : ان كان اراه القدور وقت الاستئجار ، يجبر على الباقي . وان لم يره لم يجبر اه ، ليس مبنياً على الأصل الثاني المذكور في هذه المادة ، كما زعم الشارح سليم باز ، بل هو مبنيٌ على الأصل الأولى . فإنه ان كان محل العمل ، وهو الصفر ، موجوداً عند المستأجر حين العقد ، واراه اياه حتى علم مقدار العمل ، فليس له ان يمتنع عن عمل الباقي ، لأن الاجارة كانت صحيحة فيلزمه العمل ، والاّ بأن لم يكن عنده او لم يره ، فلا يجبر على العمل لفساد الاجارة ، وله اجر مثل ما عمل . وانما اشترط هنا لصحة الاجارة رؤية المحل لأن الغالب في مثل ذلك ان لا يعلم مقدار العمل الا برؤية محله . حتى لو بالغ في وصفه طولاً وعرضاً وعمقا وهيئة وشكلاً ، تجوز الاجارة بعد ان يكون محل العمل ، وهو الصفر ، موجوداً عند المستأجر .

ثم اذا صحت الاجارة بالتوصيف على وجه يعلم به مقدار العمل ، وقد عمل

المشرة قدور ، فالظاهر انه ليس له خيار الرؤية في عمل ما لم يره من الصفر ، لأن رؤية البعض الذي عمل فيه كافية لاسقاط خياره في الباقي — الا اذا تغير جنس الباقي . يدل على ذلك ما في اواخر الفصل الرابع في فساد الاجارة من الهندية : ولو استأجره ليحفر له بئراً في داره وسمي عمقها ونعتها حتى جازت الاجارة ، فلما حفر بعضها وجد جبلاً اشد عملا واشد مؤنة ، فإن كان يقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الآبار ، الا انه تلحقه مشقة وتعب ، فإنه يجبر على العمل . وان كان لا يقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الابار ، لا يجبر عليه

وهل يستحق الأجر بقدر ما عمل ؟ — لم يذكر محمد رحمه الله تعالى المسئلة في الكتاب . وحكى فتوى شمس الاوزجندي انه يستحق اذا كان يعمل في ملك المستأجر ، بخلاف ما اذا كان يعمل في غير ملكه (كذا في المحيط) ولأن في فسخه في الباقي تفريق الصفقة ، وقد تقدم ان خيار الرؤية يمنع تمام العقد ، فلا يجوز فيه تفريق الصفقة . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل ، فراجع الهندية والخانية وحواشي الدر متأملا ، ولا تعجل .

المادة ٥١٢ — ﴿ كل عمل لا يختلف باختلاف المحل فليس فيه خيار الرؤية . مثلا لو استأجر اجيراً على ان يخرج حب خمس اواق قطن بعشرة دراهم ولم يرَ الاجير القطن فليس للاجير فيه خيار الرؤية ﴾

وكذا لو استأجر رجلا ليكيل له كر حنطة ، فلما رأى الحنطة قال لا ارضى به ، فليس له ذلك . وكذلك لو استأجر رجلا ليحتجم له بدانق ورضي به ، فلما كشف عن ظهره قال لا ارضى به ، فليس له ذلك ، لأن العمل هنا لا يختلف (هندية عن الذخيرة)

وهذا كله بعد ان يكون محل العمل موجوداً حين العقد عند المستأجر ، ومقدار العمل معلوماً كما تقدم التصريح به حتى صحت الاجارة والا فلا يجبر الاجير على العمل .

﴿ الفصل الثالث ﴾

في خيار العيب

المادة ٥١٣ — ﴿ في الاجارة ايضاً خيار العيب كما في البيع ﴾

لأن العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب ، فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ ، كما في البيع (زيلعي)

وفي الهندية عن المحيط : وثبت خيار العيب في الاجارة كما في البيع ، الا ان في الاجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعد القبض ، وفي البيع ينفرد المشتري بالرد قبل القبض ، وبعد القبض يحتاج الى القضاء او الرضى ، اه . ومثله في رد المحتار عن الخلاصة . اقول : ومعنى انفراد المستأجر بالرد انه لا يحتاج في صحة فسخه الى الرضي او القضاء ، كما ان الفسخ في خيار العيب في البيع اذا كان قبل القبض ينفرد به المشتري ولا يحتاج فيه الى القضاء او الرضى . وهذا لا ينافي ما سيأتي في المادة (٥١٨) من انه يشترط حضرة المؤجر او علمه لصحة الفسخ اذا كان العيب مخلاً بالمنفعة . ولا يشترط ذلك اذا كان مفوتاً لها ، لأن اشتراط الرضى او القضاء شيء وحضرة المؤجر او علمه بالفسخ شيء آخر . وسياتي لهذا زيادة توضيح في شرح المادة المذكورة .

المادة ٥١٤ — ﴿ العيب الموجب للخيار في الاجارة هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكلية او اخلالها . كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها ومن الرحى بانقطاع مائها او كاخلالها بهبوط سطح الدار وبانهدام محل مضر بالسكنى او بانجراح ظهر الدابة

فهؤلاء من العيوب الموجبة للخيار في الاجارة · واما النواقص التي لا تخل بالمنافع كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد ولا مطر وكانقطاع عرف الدابة وذيلها فليست موجبة للخيار في الاجارة ☀

قال في رد المحتار : والاصل في هذا ان العيب اذا حدث بالعين المستأجرة، فإن اثر في المنافع يثبت الخيار للمستأجر ، كالعبد اذا مرض والدار اذا انهدم بعضها ، لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ، فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار · وان لم يؤثر في المنافع ، فلا ، كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهبت احدى عينيه او سقط شعره ، وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها، لأن العقد ورد على المنفعة دون العين ، وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة · والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار (اتقاني)

وفي الذخيرة : اذا قلع الآجر شجرة من اشجار الضياع المستأجرة ، فللمستأجر حق الفسخ ان كانت الشجرة المقصودة اه ·

ثم ان النوع الاول من نوعي العيب الموجب للخيار ، وهو المفوت للمنفعة بالكلية، يفارق النوع الثاني ، وهو المخل بها من وجهين كما ينبئ عنه المادة ٥١٦ و ٥١٨ والمادة ٥١٩ — احدهما ان المستأجر ينفرد فيه بالفسخ في غيبة المؤجر، ولا يشترط علمه ولا حضوره، بخلاف الثاني · وثانيهما انه بفوات المنفعة بالكلية يسقط الأجر عن المستأجر وان لم يفسخ الاجارة ، بخلاف ما اذا نقصت المنفعة ، فإنه ما لم يفسخ يلزمه الأجر بتمامه · وتقدم ايضاً بيان ذلك في المادة (٤٧٨) وشرحها · ولا تنس ما مر في المادة (٥١٠) من انه يشترط للفسخ بالعيب عدم رؤياه وقت الاجارة · قال في الاختيار : وان راى هذه العيوب وقت الاجارة فلا خيار له لرضائه به اه(ابو السعود على مسكين)

المادة ٥١٥ — ﴿لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فإنه كالموجود في وقت العقد﴾

اي ولم يكن رآه ، والا فلا يصح التشبيه ، لما تقدم عن الاختيار من انه لو رأى العيب وقت الاجارة فلا خيار له — وانما كان له الخيار في العيب الحادث وبعد القبض على خلاف البيع ، لأن المعقود عليه في الاجارة المنافع ، وهي تحدث ساعةً فساعة ، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع ، فيوجب الخيار ، كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض (كذا في الزيلعي) ولو استوفى المنفعة فيما له الخيار بحدوثه ، يلزمه الاجر كاملاً (رد المحتار) وسيأتي .

المادة ٥١٦ — ﴿لو حدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار: ان شاء استوفى المنفعة مع العيب واعطى تمام الأجرة وان شاء فسخ الاجارة﴾

هذا في النوع الثاني من العيب ، وهو المخل بالمنفعة ، كما يشعر بهذا قوله « ان شاء استوفى المنفعة مع العيب » اما العيب المفوت للمنفعة بالكلية ، فيسقط الأجر بالكلية ، لعدم التمكن منها ، كما تقدم ويأتي ، وهو ظاهر .

ثم اذا فسخ الاجارة يلزمه اجر ما استوفاه من المنفعة من وقت العقد الى وقت الفسخ ، كما هو ظاهر .

وانما يلزمه الاجر كاملا اذا استوفى المنفعه مع العيب ، لأنه يكون قد رضي بالعيب ، فيلزمه جميع البدل ، كما في البيع (زيلعي)

المادة ٥١٧ — ﴿ان ازال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الاجارة ، لا يبقى للمستأجر حق الفسخ وان اراد المستأجر التصرف في بقية المدة فليس للآجر منعه ايضاً﴾

قال الزيلعي في التبيين: فإن فعل المؤجر ما ازال به العيب ، فلا خيار للمستأجر ، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ ، والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده . فسقط خياره اه ثم قال : وقد روي هشام عن محمد انه لو استأجر بيتاً فانهدم فبناه المؤجر واراد المستاجر ان يسكنه في بقية المدة فليس له ان يمنعه من ذلك . وكذا ليس للمستاجر ان يمتنع منه اه ولهذا كان الاصح كما في عامة المعتبرات ان الاجارة لا تنفسخ بفوات المنفعة بالكلية ، وانما ذلك يوجب الخيار للمستاجر ، فإن فسخ انفسخت ، والا بقي العقد على حاله ويسقط الاجر عن المستاجر لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار ، كما تقدم مراراً .

المادة ٥١٨ — ﴿ان اراد المستأجر فسخ الاجارة قبل رفع العيب الحادث الذي اخل بالمنافع فله فسخها في حضور الآجر والا فليس له فسخها بغيابه . وان فسخها بغيابه دون ان يخبره لم يعتبر فسخه وكراء المأجور يستمر كما كان . واما لو فاتت المنافع المقصودة بالكلية فله فسخها بغياب الآجر ايضاً ولا تلزمه الاجرة فسخ او لم يفسخ كما بين في المادة ٤٧٨ — مثلا لو انهدم محل يخل بالمنافع من الدار الماجورة فللمستاجر فسخ الاجارة . لكن يلزم عليه ان يفسخها في حضور الآجر والا فلو خرج من الدار دون ان يخبره يلزمه اعطاء الاجرة كأنه

ما خرج . واما لو انهدمت الدار بالكلية فمن دون احتياج الى حضور الآجر للمستأجر فسخها وعلى هذه الحال لا تلزمه الاجرة *

الحاصل من هذا كله ان العيب الحادث في الاجارة ، سواء كان قبل قبض المأجور او بعده ، اذا كان مخلاً بالمنفعة غير مفوت لها بالكلية ، له حكم العيب الحادث في المبيع قبل قبضه ، لما تقدم في المادة (٥١٥) وشرحها من ان العيب الحادث في المأجور كالموجود قبل العقد ، لأن ما حدث من العيب يكون حدوثه قبل قبض ما بقي من المنافع المعقود عليها التي تحدث ساعة فساعة ، فالفسخ في كل منهما ، اي البيع والاجارة ، لا يحتاج فيه الى القضاء او الرضى ، لكن لا بد ان يكون بحضرة المؤجر او المشتري او علمها . قال في الخانية ، في « فصل في الرد بالعيب ومن له حق الخصومة » رجل اشترى شيئاً فعلم بعيب قبل القبض ، فقال ابطلت البيع ، بطل البيع ان كان بمحضر من البايع وان لم يقبل البايع . وان قال ذلك في غيبة البايع لا يبطل البيع . وان بعيب بعد القبض فقال ابطلت البيع ، فالصحيح انه لا يبطل الا بقضاء او رضاء اه

وفيها في « فصل فيما ينتقض فيه الاجارة وما لا ينتقض » : وان كان سقوط حايط الدار يضر بالسكنى ، كان للمستأجر ان يفسخ اذا كان الآجر حاضراً ولا يفسخ اذا كان غائباً . كما لو وجد المشتري بالمبيع عيباً قبل القبض ، لا يكون له ان يفسخ البيع الا بحضرة البايع اه فلو كان المؤجر غايباً او تمرد عن الحضور يرفع الامر للقاضي لينصب عنه وكيلاً فيفسخه بحضرته ، كما في الهندية والخانية . وهذا بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مفوتاً للمنفعة بالكلية ، فإن الفسخ كما لا يحتاج فيه الى القضاء او الرضى ، لما ذكرنا ، كذلك لا يشترط فيه حضرة المؤجر او علمه ، فيجوز حال غيبته — حتى ان الأجر يسقط عنه سواء فسخ او لم يفسخ ، لعدم تمكنه من استيفاء المنفعة .

المادة ٥١٩ — ﴿ لو انهدم حائط الدار او احـدى حجرها ولم يفسخ المستأجر الاجارة وسكن في باقيهـا لم يسقط شيء من الأجر ﴾

وكذا الحكم لو لم يسكن مع تمكنه من السكنى، لأنه قد استوفى المنفعة او تمكن منها بصفة النقصان ، وهـذا لا يوجب سقوط شيء من الاجرة ، لأنه وصف لا يقابله شيء من الاجرة ، ولأنه قد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل (زيلعي) وهذه المادة كالنتيجة للمادة « ٥٠٦ »

المادة ٥٢٠ — ﴿ لو استأجر احد دارين بكذا دراهم وانهدمت احدهما فله ان يترك الاثنين معاً ﴾

عبارة الدر المختار : ولو استأجر دارين فسقطت او تعيبت احداهما فله تركهما لو عقد عليها صفقة واحـدة اه قال الطحطاوي : اما اذا تعـددت الصفقه، فكل تخص بحكمها اه وظاهره انه ليس له ان يترك المنهدمه ويمسك الاخرى ، وانه لا فرق في ذلك بين ان يكون قبل قبض المأجور او بعده . لكن اذا كان قبل قبضه ، فالحكم ظاهر لان الصفقة لم تتم قبل القبض ، وتفريق الصفقة قبل التمـام لا يجوز ، فهو مخير بين اخذ الدارين بكل الاجرة او ردهما . واما اذا كان بعد قبضه ، فالصفقة قد تمت بالقبض ، وتفريق الصفقة بعد التمام جائز . ولهذا لو اشترى شيئين بلا اتحاد حكماً ، كثوبين او دابتين ، ثم وجد باحدهما عيباً بعد القبض فهو مخير بين اخذهما بكل الثمن او رد المعيب فقط ، وليس له رد كل البيع الا بتراض اذ الصفقة تمت بالقبض فيصح تفريقها ، كما تقدم في المادة (٣٥١) وشرحها . ويمكن ان يجاب بالفرق بين الاجارة والبيع ، وهو ان المعقود عليه في الاجارة هي المنفعه ، وهي غير مقبوضة ، لأنها تحدث شيئاً فشيئاً ، كما

تقدم ، فلا تكون الصفقة تامة بقبض محلها ، وهو المأجور ، فلا يجوز تفريقها برد الدار المنهدمة او المتعيبة في مسئلتنا وابقاء الاخرى ، فيكون حكم الخيار في الاجارة بعد قبض المأجور كحكم الخيار في البيع قبل قبض المبيع ، لما ذكرنا ، فليتـأمل .

المادة ٥٢١ — ❋ المستأجر بالخيار في دار استأجرها على ان تكون كذا حجرة وظهرت ناقصة ان شاء فسخ الاجارة وان شاء قبلها بالأجر المسمى ولكن ليس له استيفاء مدة الاجارة وتنقيص مقدار من الاجرة ❋

صرح بهذا في الهندية . وهو نظير ما لو اشترى ارضاً على ان فيها كذا بيتاً او نخلة فوجدها ناقصة ، جاز البيع وخير المشتري : ان شاء ترك وان شاء اخذ بكل الثمن ، كما في رد المحتار . وعللوا ذلك بأن هذا وصف مرغوب فيه والاوصاف ما لم تكن مقصودة لا يقابلها شيء من الثمن ، كما في الدر المنتقى . ومقتضاه انه لو فصل الثمن وجعل لكل بيت كذا والمسئلة بحالها ، انه يخير بين فسخ الاجارة او اخذ الدار بحساب ما يتبين منها ، كما لو اشترى ارضاً بكذا على ان يكون كل ذراع بكذا راجع المادتين (٢٢٥) و (٢٢٦)

ج ـــ ٣

= الباب السادس =

﴿ في بيان انواع المأجور واحكامه ، ويشتمل على اربعة فصول ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في بيان مسايل تتعلق باجارة العقار ﴾

المادة ٥٢٢ = ﴿ يجوز استئجار دار او حانوت بدون بيان انها لسكنى احد ﴾

الظاهر ان المراد من هذه المادة انه يجوز استئجار دار او حانوت لأجل السكنى بدون بيان سكنى احد بعينه ، لا ان المراد يجوز استئجار ما ذكر بلا بيان ما يعمل فيه ، والا كانت مكررة مع المادة (٥٢٧) الآتية ، فافهم .
ثم اذا استأجرها لاجل السكنى ، زعم تاج الشريعة انه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى . ورده في الفتح بأنه ينبغي ان يجوز ان يعمل فيها غير السكنى مما هو انفع للبناء من السكنى وان نص وقت العقد على استئجارها للسكنى ، لأن التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به . ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره . ففيما هو انفع مما شرط وقت العقد اولى ان لا يعتبر التقييد اه .

المادة ٥٢٣ = ﴿ من آجر داره او حانوته وكانت فيه امتعته واشياؤه تصح الاجارة ويكون مجبوراً على تخليته من امتعته واشيائه وتسليمه ﴾

وابتداء مدة الاجارة من حين تسليم المأجور ، كما في الدر ٠

قيد بالدار والحانوت لان صحة الاجارة فيهما ليس فيها تفصيل ، اذ لا ضرر في تفر بغهما ، بخلاف اجارة الارض المشغولة بالدرع، فإن الزرع اذا كان مدركاً وقت الاجارة يكون الحكم كما في الدار والحانوت من صحة الاجارة والاجبار على التفريغ ، والا فإن كان الزرع للمستأجر صحت الاجارة لوجود التسليم ، وان كان الزرع لاجنبي، فإن كان الزرع بغير حق بأن غصب الارض فزرعها ، صحت الاجارة لامكان التسليم بجبر الغاصب على قلع زرعه ٠ وان كان الزرع بحق بأن كانت الأرض مستأجرة للزارع ولو باجارة فاسدة او مستعارة للزرع، فسدت الاجارة ٠ و كذا تفسد اذا كان الزرع للموءجر ولم يدرك ، لعدم امكان التسليم الا بضرره ٠ لكن لو رضي هو او الاجنبي الضرر فحصد وسلم ، انقلبت الاجارة صحيحة ٠

والحيلة في صحة الاجارة اذا كان الزرع للموءجر ان يبيعه الزرع اولاً بثمن معلوم ويتقابضاه ، او يساقيه عليه ثم يوءجره الأرض ٠ ولو استأجر فارغاً ومشغولاً ، كما لو استأجر اراضي بعضها مزروع بذرع لم يدرك وبعضها فارغ، صحت الاجارة في الفارغ وفسدت في المشغول ٠ هذا حاصل ما في الدر وحواشيه، وقدمنا نظيره في شرح المادة «٤٦٠»

❋ تنبيه ❋

محل فساد اجارة المشغول فيما اذا كان في التفريغ ضرر ما اذا كانت الاجارة معجلة ٠ اما لو كانت مضافة الى وقت يحصد الزرع فيه وتصير الارض فارغة عنه ، تصح الاجارة مطلقاً ، اي سواء كان الزرع بحق اولا ،وسواء كان مدركاً وقت العقد او لا، كما في الدر وحواشيه ٠

المادة ٥٢٤ = ❋ من استأجر ارضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم على ان يزرع ما شاء فاجارته فاسدة ٠ ولكن لو عين قبل الفسخ ورضي الآخر تنقلب الى الصحة ❋

انما فسدت الاجارة عند عدم التعيين او التعميم لأنها تستأجر للزرع مرة

وللبناء اخرى ، وما يزرع متفاوت نفعاً وضرراً ، فلا بد من البيان لدفع النزاع اه (حموي على الاشباه) وكما يرتفع النزاع بالتعيين يرتفع بتفويض الخيرة اليه (طحطاوي)

ثم اذا انعقدت فاسدة لعدم التعيين او التعميم ثم قبل الفسخ زرعها المستأجر وعلم المؤجر بما زرعه ورضي به ، ففي القياس تبقى الاجارة فاسدة ، كما اذا اشترى بخمر او خنزير . وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحاً لأن المعقود عليه صار معلوماً بالاستعمال ، لأن الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع ، والفساد كان لأجل الجهالة ، فإذا ارتفعت في وقت الزراعة ، كفى وصار كأن الجهالة لم تكن ، فعادت صحيحة (زيلعي)

واما اذا زرع ولم يعلم به المؤجر ، فالاجارة تبقى فاسدة . ولذا قال العلامة المقدسي ينبغي تقييده بما اذا علم المؤجر بعين المزروع فرضي ، والا فالنزاع ممكن (افاده الطحطاوي واقره بن عابدين) اقول : عبارة البحر كغيره من الشروح هكذا : « وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى لارتفاع الجهالة ، كاستئجار ثوب لم يبين لابسه ، اذا البس شخصاً انقلبت صحيحة . وكذا الدابة والقدر للطبخ اه » فأنت تراه قد اطلق انقلابها صحيحة بالزرع ولم يشترط فيه رضى المؤجر ، وقد قدمنا في شرح المادة (٤٢٧) عن الزيلعي ان في استئجار الدابة للركوب اذا اطلق ولم يعمم تفسد الاجارة ، لكن ينقلب العقد صحيحاً بركوبها سواء ركبها او اركبها ، ويجب المسمى استحساناً لزوال الجهالة بجعل التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء ، ولا ضمان بالهلاك لعدم المخالفة اه فهو لم يقيد ايضاً ركوبها برضاء المؤجر . فتقييد اطلاق هذه الشروح بمجرد بحث العلامة المقدسي غير سديد . على ان ما علل به البحث من ان النزاع ممكن ، مدفوع بأنه متى زرعها لم يبق نزاع اصلاً ، لتعين المزروع قبل الفسخ ، فليتأمل عند الفتوى . وانت خبير بأن الاجارة المذكورة تنقلب صحيحة بالاولى لو اتفق العاقدان قبل الفسخ على تعيين ما يزرع ، او التعميم . ولا تنس ما نقلناه عن البحر في شرح المادة (٤٢٦) من انه لو عين نوعاً للزراعة له ان يزرع مثله او اخف ضرراً . واما ما يترتب على المخالفة بزرع ما هو اكثر ضرراً ، فسيأتي بيانه مفصلا في الاصل الثاني من باب الثامن .

المادة ٥٢٥ — ﴿ من استأجر ارضاً على ان يزرعها ما شاء فله ان يزرعها مكرراً في ظرف السنة صيفياً وشتائياً ﴾

موضوع المسئلة انه استأجرها سنة كما ينبيء عنه قوله « في ظرف السنة الخ » ولا بد من تقييد ذلك بما اذا كانت المدة يمكن فيها زرعان ، والا فليس له ان يزرعها زرعين ، لما ذكره الطحطاوي واقره بن عابدين من ان المسئلة مفروضة في استئجار مدة يمكن فيها زرعان ، وقد اطلق له في عقد الاجارة ان يزرعها ما شاء اه موضحاً .

والتقييد بالتعميم يقتضي انه لو عين ما يزرع فيها فليس له ان يزرع ما عينه مرتين اذا امكن ذلك في المدة ، وليراجع .

ولم ار ما اذا كانت المدة يمكن ان يزرع فيها المستأجر زرعين الا ان الزرع الثاني لا يمكن ادراكه في المدة ، والظاهر انه يملك فيها الزرع ويستبقي الارض لادراك الزرع الثاني ، كما يقتضيه اطلاق المادة الآتية ان للمستأجر ان يبقي الزرع في الارض الى ادراكه ، ولأن زرعه كان بحق حيث كان في مدة اجارته وليس بمتعد بالزرع الثاني كتعدي الغاصب = وليحرر ، فإن هذه المسئلة كثيرة الوقوع في بلادنا في استئجار ارض البساتين بغير المساقاة على اشجارها .

وفي رد المحتار عن القنية : لو استأجرها في الشتاء تسعة اشهر ولا يمكن زراعتها في الشتاء ، جاز لما امكن في المدة . اما لو لم يمكن الانتفاع بها اصلاً بأن كانت سبخة فالاجارة فاسده . وفي مسئلة الاستئجار في الشتاء ، يكون الأجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب ، وقيل بما ينتفع به اه وما في الدر المختار من باب فسخ الاجارة عن الجوهرة : « لو جاء من الماء ما يزرع بعض الأرض المستأجرة ، فالمستأجر بالخيار : ان شاء فسخ الاجارة كلها او ترك ودفع بحساب ما روي منها اه » فهو مبني على الضعيف المعبر عنه بقيل ، فإنه نظير ما لو انهدم بيت من الدار المستأجرة ، فإن ظاهر الرواية انه مخير بين الفسخ او الترك مع دفع الاجرة

كاملة ، كما افاده في رد المحتار .

المادة ٥٢٦ = ﴿لو انقضت مدة الاجارة قبل ادراك الزرع فللمستأجر ان يبقي الزرع في الأرض الى ادراكه ويعطي اجرة المثل﴾

رعاية للجانبين ، اي جانب المؤجر بايجاب اجر المثل ، وجانب المستأجر بابقاء زرعه الى انتهائه . وهذا لأن له نهاية معلومة ويلحق بالمستأجر المستعير ، فيترك الى ادراكه بأجر المثل اذا كان استعارها للزرع ، سواء وقتها او لا . واما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقاً ، لظلمه .

ثم المراد بقولهم « يترك الزرع بأجر » او بقضاء اي بعقدها ، حتى لا يجب الأجر الا بأحدهما ، الا فيما استثناه المتأخرون من الوقف والمعد للاستغلال ومال اليتيم ، فإنها اذا مضت المدة وبقي الزرع بعدها حتى ادرك ، يقضي بأجر المثل لما زاد على المدة مطلقاً .

قيد بانقضاء المدة لأنه لو انفسخت الاجارة بموت احد العاقدين قبل ادراك الزرع ، فإنه يترك بالمسمى على حاله الى الحصاد استحساناً . والفرق انه بانتهاء مدة الاجارة لم يبق حكم ما تراضيا عليه من المدة — الا ترى انه بانقضاء المدة ارتفعت هي ، فاحتيج الى تسمية جديدة ، ولا كذلك قبل انقضائها ، لأنه بقي بعض المدة التي سمياها فلم يرفع حكمها فاستغنى عن تسمية جديدة .

واما اذا تفاسخا عقد الاجارة والزرع بقل قيل له لا يترك ، وقيل يترك (ذخيرة) واقتصر في البزازية على الأول ، لأن المستأجر رضي به (الكل من الدر وحواشيه)

وقيد المسئلة بالزرع ، لاخراج ما لو استأجر الارض للبناء او الغرس ، فإنه لو مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة ، لعدم نهايتهما — الا ان يغرم له المؤجر قيمته ، اي البناء او الغرس ، مقلوعاً ، اي مستحق القلع ، ويتملكه او يرضى به المؤجر بتركه ، فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا . وهذا الترك ان بأجر

فاجارة ، والا فاعارة ، فلهما ان يؤجراها لثالث ويقتسما الاجرة على قيمة الارض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا ارض ، فيأخذ كل حصته (در مختار)

وقوله «فلهما ان يؤجراها » مرتبط بقوله «والا فاعارة » لانه لو كان الترك بأجر لم يبق لرب الارض مدخل (رد المحتار)

وقدمنا تمام الكلام على هذا في شرح المادة (٤٢١) فراجعه ان شئت .

وفي التنوير وغيره من المتون ، والعبارة له مع شرحه الدر ، ان الرطبة لعدم نهايتها ، كالشجر ، فتقلع بعد مضي المدة . ثم المراد بالرطبة ما يبقى اصله في الارض ابداً ، وانما يقطف ورقه ويباع ، او زهره . واما اذا كان له نهاية معلومة ، كما في الفجل والجزر والباذنجان ، فينبغي ان يكون كالزرع ، يترك بأجر المثل الى نهايته .

بقي لو له نهاية معلومة لكنها بعيدة طويلة ، كالقصب ، فيكون كالشجر ، كما في فتاوي ابن الجلبي ، فليحفظ .

﴿ تتمة ﴾

يدخل في استئجار الارض للزراعة الشرب والطريق ، وان لم يشترطهما ، بخلاف البيع ، لأن الاجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع الا بهما ، فيدخلان تبعاً . واما البيع ، فالمقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى جاز بيع الجحش الصغير الذي لا ينتفع به للحال ، وجاز بيع الارض السبخة ، ولا تجوز اجارتها لعدم الانتفاع بها (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ٥٢٧ = ﴿ يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان كونه لأي شيء واما كيفية استعماله فتصرف الى العرف والعادة ﴾

قد علمت ان هذه المادة غير مكررة مع المادة (٥٢٢) لاختلاف موضوعها يعني كما يجوز استئجار الدار والحانوت لأجل السكنى بلا بيان الساكن ، كذلك

يجوز استئجارها بدون بيان ما يعمل فيها . والقياس الا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها ، لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها ، وكذا الحانوت يصلح لاشياء مختلفة ، فينبغي ان لا يجوز ، ما لم يبين ما يعمل فيها ، كاستئجار الارض للزراعة والثياب للبس . وجه الاستحسان ان العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكنا فينصرف اليها ، لأن المتعارف كالمشروط ، ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل ، فجاز اجارتها مطلقاً — بخلاف الارض والثياب ، فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس ، فلا بد من البيان (زيلعي)

المادة ٥٢٨ - ❋ كما انه يصح لمن استأجر داراً بدون بيان كونها لأي شيء ان يسكنها بنفسه كذلك يصح له ان يسكنها غيره ايضاً ❋

اي معه او منفرداً ، لما ذكرنا من انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل ، ولأن كثرة السكان لا تضرّ بها بل تزيد في عمارتها ، لأن خراب المسكن بترك السكان (زيلعي) اقول : قدمنا في شرح المادة (٤٢٨) عن الهندية انه اذا شرط ان لا يسكن معه غيره ، ان لم يكن في الدار بئر بالوعة ولا بئر وضوء ، فلا منفعة للموجر بهذا الشرط ، لأن ما يجمع على ظاهر الدار فاخراجه على المستأجر ، وكثرة السكان لا توهن البناء ، فلا يفسدها هذا الشرط ، بل يكون لغواً . واذا كان في الدار ما ذكر ، كان في هذا الشرط نوع منفعة ، وانه شرطٌ لا يقتضيه العقد فأوجب فسادها اه — فقد يستفاد من هذا انه اذا كان في الدار بئر بالوعة يكون في كثرة السكان فيها نوع ضرر ، لأن اخراج ما في البالوعة حينئذ على المؤجر ، فينبغي ان لا يملك اسكان غيره معه . وقد يجاب بأنه لا يلزم من ان يكون في اشتراط ان لا يسكن معه غيره نوع منفعة للمؤجر ان يكون في الاسكان مضرة توجب منع المستأجر منه ، لأن لعل الضرر الذي يمنع منه مستأجر الدار هو الضرر البين ، وهذا ليس منه ، او هو الضرر الذي يلحق بالدار المأجورة ،

وهذا ليس كذلك ، تأمل .

﴿ وله ان يضع فيها اشياءه ﴾

لأن ذلك من تمام السكنى . وفي الهندية عن الظهيرية : رجل تكارى منزلا او داراً من رجل على ان يسكن فيها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها طعاماً من حنطة او شعير او تمر او غير ذلك ، فليس لرب الدار ان يمنعه من ذلك اه فاذا كان هذا مع اشتراط السكنى ، يكون مع الاطلاق من باب اولى . لكن وضع مثل الحنطة والشعير في البيوت المعدة للسكنى يضر بها ويكون سبباً لحفر ارضها واذهاب رونق اسقفتها وجدرانها وجمع الحشرات والهوام فيها ، كما هو معلوم في ديارنا . فالظاهر انه يمنع منه عند الاطلاق ، فليتأمل عند الفتوى .

﴿ وله ان يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء ﴾

فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحايطه والدق المعتاد اليسير وان يتد وتداً (بحر) وله ان ينتفع ببئرها ، ولو فسدت لم يجبر على اصلاحها ، وان يبني فيها التنور ، فلو احترق به شيء لم يضمن . قلت : الا اذا فعله في محل لا يليق به ، كقرب خشب (كذا في رد المحتار عن السايحاني)

وفيه : ينبغي تقييد كسر الحطب بأن يكون بمحل لا يحصل به اضرار الارض وما تحتها من مجرى الماء اه وفيه عن الخلاصة : ولا يمنع من الطحن برحى اليد ان كان لا يضر ، وان كان يضر يمنع ، وعليه الفتوى ، ومثله في الشرنبلالية عن الذخيرة اه قلت : ومثله في الهندية عن المحيط ، فما في الدر المختار تبعاً للمنح والبحر من ان له ان يطحن برحى اليد وان اخر فيه ، سقط ، كما اوضحه الطحطاوي وابن عابدين .

﴿ لكن ليس له ان يفعل ما يورث الضرر والوهن الا بإذن صاحبها ﴾

اي مالكها ، كما في التنوير وغيره . فليس له ان يعمل الحدادة والقصارة والطحن ، اي بغير رحى اليد على ما تقدم فيها من التفصيل ، ولا ان يسكن حداداً او قصاراً او طحاناً من غير رضى المالك . قال الزيلعي : فحاصله ان كل ما يوهن البناء او فيه ضرر ليس له ان يعمل فيها الا بإذن صاحبها ، وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به اه .

وفي الهندية : ولا يمنع من كسر الحطب المعتاد للطبخ وغيره لأنه لا يوهن البناء . وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء ، فليس له ذلك الا برضى صاحب الدار . وعلى هذا ينبغي ان يكون الدق اعني القصر على هذا التفصيل ، فإن القليل منه لا يستغنى عنه ، وقد جرت العادة بأن يدق اهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البناء اه وفي ابي السعود عن الحموي : يفهم من التقييد بمالكها انه لو كان وقفاً ورضي المتولي بسكناه ، اي الحداد ونحوه ، لا يكون كذلك اه اي لأن المتولي ليس بمالك . ومثله في هذا المفهوم الوصي اذا آجر حانوت اليتيم فرضي بسكنى الحداد او الطحان او القصار ، ولأن فعلهما منوط بالمصلحة . اقول : وهذا ظاهر اذا آجر كل من المتولي والوصي مطلقاً ثم رضي بما ذكر ، اذ لا مصلحة للوقف او اليتيم بالاذن بما يضرهما بعد اجراء العقد مطلقاً عن الاشتراط . واما لو اشترطا ذلك حين العقد لما رأياه من المصلحة للوقف او اليتيم ، فلا شك انه يكون للمستأجر ذلك ، فليتدبر .

ثم لو اشترط عمل الحدادة مثلاً حين العقد فله ان يعملها ويعمل ما يماثلها في الضرر ، وليس له ان يعمل ما هو اكثر منها ضرراً ، كما تقدم في الماد: (٤٢٦) وشرحها .

﴿ واما بخصوص ربط الدواب فعرف البلدة وعادتها معتبر ومرعي وحكم الحانوت على هذا الوجه ﴾

الظاهر ان المراد من هذه الفقرة بيان ان تسويغ ربط الدواب لمستأجر الدار او الحانوت او عدمه ليس مناطه الوهن او الضرر وعدمها . بل العرف والعادة ففي نحو البلاد الكبيرة التي يتأنقون باعمار دورها وحوانيتها ، قد جرى العرف

انهم لا يدخلون اليها الدواب ولا يربطونها الا في محل اعد لربطها فيه ، خارجها . ففي مثل هذه لا يملك المستأجر الادخال والربط وان لم يكن ذلك مضراً او موهناً للبناء ، لأن العقد وان كان مطلقاً لكن تقيد بالعرف بعدم ادخال الدواب . وعليه فلو ادخل فيها المستأجر دابته يكون متعدياً . فلو ضربت حائطاً فهدمته ، او انساناً ، يكون ضامناً . وفي نحو احواش الفقراء ودور القرى واشباهها قد جرى العرف بأنهم يدخلون اليها الدواب ويربطونها فيها ، فلهم ذلك وان كان الربط مضراً او موهناً ، لأن الاذن بذلك قد دل عليه العرف ، وقد علمت ان المعروف كالمشروط ، حتى لو ادخل المستأجر دابته فاتلفت حائطاً او نحوه لا يكون ضامناً وان كان العقد مطلقاً يدل على ما ذكرنا ، ما في المندية : وللمستأجر ان يربط فيها دابته وبعيره وشاته ، فإن لم يكن هناك مربط ليس له اتخاذ المربط . وفي شرح الشافي ما ذكر في الكتاب « عرف الكوفة » اما المنازل في بخارى فتضيق عن سكنى الناس ، فكيف الدواب . ويربط الدابة على باب داره ، ولو ضربت انساناً فمات او هدمت حائطاً ، لم يضمن (كذا في الخلاصة)

وفي الطوري عن النهاية انه لا يدخل الحيوان في عرفنا لأن المنازل ضيقة اه وفي البحر : وله ، اي لمستأجر الدار ، ربط الدواب في موضع معتاد له ، لا ان لم يكن معتاداً اه .

وقال الزيلعي بعد ذكر ما تقدم عن النهاية : وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة اه فهذه النقول صريحة في ان المناط في ادخال الدواب وربطها العرف والعادة ، لا الضرر وعدمه . ولهذا فصلت المجلة هذه الفقرة عما قبلها حيث قالت : « واما بخصوص ربط الدواب الخ » هكذا ينبغي تقرير هذا المقام .

المادة ٥٢٩ — ❊ اعمال الاشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة على الآجر . مثلا تطهير الرحى على صاحبها . كذلك تعمير الدار

وطرق الماء واصلاح منافذه وانشاء الاشياء التي تخل بالسكنى وسائر الامور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار ❊

وكذا تطيينها ، اي الدار ، واصلاح الميزاب وما كان من البناء (تنوير) اي اصلاح ما كان من البناء . وقيد في رد المحتار التطيين بتطيين سطح الدار . قال : لأن عدمه مخلّ بالسكنى ، بخلاف تطيين جدرانها اه اقول : اصلاح ما كان من البناء متى كان تركه مخلا بالسكنى يجب على المالك بلا فرق بين السطح والجدران ، فلا معنى لاخراج متن التنوير عن اطلاقه ، فافهم .

وفي الهندية عن البدايع : واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ، ولا يجبر على ذلك وان كان امتلأ من فعل المستأجر . وقالوا في المستأجر اذا انقضت مدة الاجارة وفي الدار تراب من كنسة ، فعليه ان يرفعه لأنه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها . وان كان امتلأ خلاؤها ومجاريها من فعله ، فالقياس ان يكون عليه نقله ، لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد . الا انهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة بين الناس ان ما كان مغيبًا في الأرض فنقله على صاحب الدار ، فحملوا ذلك على العادة . وان اصلح المستأجر شيئًا من ذلك لم يحتسب له بما انفق وكان متبرعًا اه .

لكن في الهندية عن فتاوى قاضيخان ما نصه : وفي اجارة الحمام نقل الرماد والسرقين وتفريغ موضع الغسالة يكون على المستأجر سواء كان المسيل ظاهرًا او مسقفًا . فان شرط ذلك على الآجر في الاجارة ، فسدت الاجارة . وان شرط على المستاجر ، جازت الاجارة والشرط . فإن انكر المستأجر ان يكون الرماد من فعله كان القول قوله اه ومثله في رد المحتار عن البزازية .

ويمكن التوفيق بأن ما جرت العادة بكون تفريغه على المؤجر ، انما هو في مجاري الدار وخلائها المستورين ، وعليه ما في البدايع وغيرها ، لا في مسيل الحمام ، فإن تلك العادة لم تجر فيه ، فبقي على القياس من انه حيث كان بفعل المستأجر فعليه ان يرفعه ككناسة الدار ، وعليه ما في فتاوى قاضيخان والبزازية — او

ان اختلاف الجواب لاختلاف العرف في ذلك ، فليتأمل ، والعرف الآن في ديارنا ان تعز يل مسيل الحمام على مالكه فلاء الدار ، بخلاف نقل رماده وسرقينه ، فإنه على المستأجر وعليه فاشتراط الاول على المستأجر والثاني على المالك يفسد العقد لكن في الأنقروية عن البزازية : خرج المستأجر من البيت وفيه تراب ظاهر او رماد ، على المستأجر اخراجه — بخلاف البالوعة ، فإنه يلزم الموءجر تفريغها استحساناً . وان شرط على المستأجر عند العقد ، جاز ، وانه موافق للعقد اه اي وان كان العرف بخلافه ، لانه حدث بفعله . فالشرط الموافق للقياس وان كان مخالفاً للعرف ، لا يفسد العقد ، تأمل . اه منه - لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين ، وقد علمت اعتبار العرف والعادة في هذه الاحكام .

وفي الهندية عن القنية : زجاج الكوة واصلاح السلم على الآجر . وفي رفع الثلج اختلاف المشايخ والمفتين ، والمعتبر فيه العرف اه وفي رد المحتار عن البزازيه : وفي استئجار الطاحونة في كري نهرها يعتبر العرف اه

❊ واذا امتنع صاحبها عن اعمال هوءلاء فللمستأجر ان يخرج منها ❊

قال الطحطاوي : اي ولا اجر عليه حينئذ كما لا يخفى اه يعني عما بقي من المدة ، والا فعليه اجرة ما سكن كما لا يخفى . ولا يجبر الموءجر على العمل لأن الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه . كذا في الدر . وقال الحموي : يفهم من هذا التعليل ان الدار لو كانت وقفاً يجبر الناظر على ذلك اه (ط) .

❊ الا ان يكون حين استئجاره اياها كانت على هذه الحالة او كان قد رآها ، فإنه حينئذ يكون قد رضي بالعيب فليس له اتخاذ هذا وسيلةً للخروج من الدار بعد ❊

هذا اذا كان قد رآها وسكت . اما لو رآها فشرط على الموجر عملها ، فلا يسقط خياره لانه لم يرض بالعيب ، وهو ظاهر .

❊ وان عمل هذه الاشياء المستأجر يكون متبرعاً فليس له ان

ج — ٢

يطالب الآجر بشيء مما انفق على التعمير والترميم

قال في رد المحتار: وليس له ان يحسبه من الاجرة ، وهل له نقضه ؟ — فيه تفصيل : قال في جامع الفصولين : بني المستأجر بلا امر المؤجر ثم انفسخت الاجارة او انقضت المدة ، فلو كان البناء من لبن اتخذ من تراب الدار ، فللمستأجر رفع البناء ويغرم قيمة التراب لمالكه . وان كان من طين فلا ينقض ، اذ لو نقض لعاد ترابا اه وحاصله انه ان عمر بما لو نقض يبقى مالا ، فله نقضه ، والا فلا . ويتفرع عليه امور كثيرة (سايحاني) اه ما في رد المحتار . — اقول : ويجب ان يكون المراد بهذا الحاصل انه ان عمر من تراب الدار بما لو نقض يبقى مالا ، اي ماليته غير مالية التراب ، يعني انه يبقى لبناً له نقضه ، والا فلا ، والا فان نفس التراب مال . ولهذا اذا قلع اللبن يغرم قيمة التراب لمالكه . فلو لم يكن التراب مالاً كيف تكون له قيمة ؟ قال في الهندية ، من الباب السابع ، في استرداد العارية : استعار من رجل داراً وبنى فيها حائطاً بالتراب واستأجر الاجير بعشرين درهماً وكان ذلك بغير اذن رب الدار ، ثم ان صاحب الدار يسترد الدار منه ، فليس للمستعير ان يرجع بما انفق ، لأنه فعل بغير اذنه . وهل له ان ينقض الحائط ؟ — ان كان قد بناه من تراب صاحب الدار ، فليس له ذلك (كذا في المحيط) فهذا يفيد بمفهومه انه لو كان بناه من تراب نفسه من خارج الدار فله نقضه . فما عزاه الشارح سليم باز لرد المحتار من ان المستأجر اذا عمر بما لو نقض يبقى مالا كما اذا بنى بالحجر او الآجر ، فله نقضه ، والا فلا ، كما لو طين سطح الدار ثم اراد رفع الطين فليس له ذلك ، اذ لو رفعه لا يبقى مالاً اه لا وجود له بهذا اللفظ في رد المحتار بل وضح عبارته توضيحاً فاسداً ، وعزى ما وضح به اليه . وانما كان فاسداً لأن الحجر ان كان من الدار ، فليس له قلعه ، كالتراب اذا كان منها ، والآجر واللبن ان كان من تراب الدار . فإن كان بعد النقض يبقى آجراً ولبناً ، فله قلعه ، ويضمن قيمة التراب لصاحب الدار . وان كان يعود تراباً ، فليس له قلعه لعدم الفائدة ، لأنه مستحق لصاحب الدار . واما الطين ، فان كان من تراب الدار فحكمه كاللبن اذا عاد تراباً . وان كان ملك المستأجر

بأن اتى به من خارج ، فله قلعه ، لأنه عين ملكه .

ثم انما يكون للمستأجر قلع عين ملكه اذا كان بني على ان يكون البناء له . واما اذا بني على ان يكون البناء لصاحب الدار ، فليس له القلع مطلقاً ، لأنه يكون متبرعاً ، والمتبرع لا يرجع بشيء مما تبرع به . قال في جامع الفصولين : عمر دار امرأته فمات وتركها وابناً ، فلو عمرها بإذنها ، فالعمارة لها والنفقة دين عليها فتغرم حصة الابن . ولو عمرها لنفسه بلا اذنها ، فالعمارة ميراث عنه وتغرم قيمة نصيبه من العمارة ، وتصير كلها لها . ولو عمرها لها بلا اذنها ، قال النسفي : العمارة لها ولا شيء عليها من النفقة ، فإنه متبرع . وعلى هذا التفصيل عمارة كرم امرأته وسائر املاكها .

وفيه ، برمز «عده» كل من بنى في دار غيره بأمره فالبناء لآمره ، ولو بنى لنفسه بلا امره يكون له ، وله رفعه — الا ان يضر بالبناء ، فيمنع . ولو بنى لرب الأرض بلا امره ، ينبغي ان يكون متبرعاً كما مر .

وفيه ، برمز «ن» : طحان ركب في الطاحونة حجراً من ماله او حديداً ومضت المدة ، فلو فعله بأمر ربها على ان يرجع ، فهو لربها ورجع بما انفق . ولو لنفسه بلا امره ، فلو غير مركب في البناء ، فله رفعه . ولو مركباً ، فله قيمته . ولو للمالك بلا امره فمتبرع اه .

وفي حاشية الرملي عليه : وان اختلفا فقال الباني بنيت لنفسي وقال الآخر لي ، ينبغي ان يكون القول قول الباني ، لأنه ادرى بجهته تأمل اه هكذا ينبغي تقرير هذا المحل والله الموفق .

المادة ٥٣٠ — ﴿ التعميرات التي انشأها المستأجر باذن الآجر ان كانت عايدة لاصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم القرميد فالمستأجر يأخذ مصروف مثل هذه التعميرات من الآجر وان لم يجر بينهما شرط على اخذه . وان كانت عايدة لمنافع

المستأجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستأجر اخذ مصروفها ما لم يذكر شرط اخذه بينهما ❋

اعلم ان المستأجر اذا عمّر في الدار المأجورة باذن المؤجر ، فلا شك ان العمارة تقع للمؤجر ، كما في جامع الفصولين . وهل يرجع بما انفق بلا شرط الرجوع ؟ ذكر في المسئلة اختلافاً ، ونقل محشيه الرملي عن البزازية وغيرها ما يفيد ترجيح القول بالرجوع بلا شرط . ونقل في رد المحتار تصحيحه ايضاً عن الخانية . قال : ونقله ابن الشحنة عن القنية وذكر في الدر تقييد ذلك بما سوى عمارة التنور والبالوعة واما فيها ، فلا بد من اشتراط الرجوع . قال محشيه في رد المحتار : لأن المقصود منها نفع المستأجر اه وذكر في تنقيح الفتاوي الحامدية من الفروع المذكورة ، آخر كتاب الاجارة ، عن القنية : المستأجر اذا عمر في الدار المستأجرة عمارات باذن الآجر ، يرجع بما انفق ، وان لم يشترط الرجوع صريحاً . وكذا القيم . وفي التنور والبالوعة لا يرجع بمجرد الاذن ، الا بشرط الرجوع ، لأن العمارة لاصلاح ملكه وصيانة داره عن الاختلال فرضي بالانفاق ، بخلاف التنور والبالوعة ، فانها لمصلحة المستأجر اه وكذا نقله في الانقروية عن القنية . ومقتضى التعليل ان الاستثنا ليس خاصاً بالتنور والبالوعة بل مثلها كل ما كان المقصود منه نفع المستأجر دون اصلاح الدار وصيانتها من الاختلال ، كعمل الجام والطابق والفاقات وبلاط العتبة وارض الدار وما يسمونه بالمدسة وتعمير المصب وتدهين الحوائط وترميم المطاطب وما اشبه ذلك . فجميع ما ذكر لو عمله المستأجر باذن المؤجر لا يرجع به ، الا ان يشترط له الرجوع صريحاً بأن يقول له : انفق لترجع به علي ، وهو الذي يقتضيه اطلاق هذه المادة .

واعلم انه لا يلزم من كون المستأجر المأذون له بالعمارة يرجع بما صرفه على المؤجر ان يكون القول قوله فيما يصرفه ، بل ان كان ما صرفه من مال المؤجر بأن دفع له المؤجر مالاً وامره بصرفه على البناء ، يكون القول قوله مع اليمين في ذلك ، لأنه امين ينفي الضمان عن نفسه . وان كان من مال نفسه ليرجع به

على المؤجر ، يكون القول قول المؤجر لأنه يدعي على المؤجر دينًا وهو ينكره .
قال في البزازية ، قبيل العاشر ، في الحظر والاباحة من الاجارات ، مانصه : وان قال له ، اي للمستأجر ، رب الدار : ابن واحسب من الاجر ، ثم اختلفا ، فقال المستأجر بنيت ، وانكره الآجر ، فالقول للآجر . وان اقر بالبناء واختلفا في قدر ما انفق ، إن جميع اهل الصنعة على قول واحد ، فالقول له . وان كان بعضهم معه والبعض مع المستأجر ، يعتبر الدعوى والانكار اه يعني يعتبر المستأجر مدعيًا فعليه اثبات ما يدعيه بالبرهان ، والمؤجر منكرًا تلك الزيادة ، فالقول قوله .
و عبارة رد المحتار هكذا : امره ، اي المستأجر ، رب الدار بالبناء ليحسبه له من الأجر فاتفقا على البناء واختلفا في مقدار النفقة ، فالقول لرب الدار بيمينه لأنه ينكر الزيادة . قالوا : هذا اذا اشكل الحال بأن اختلف فيه اهل تلك الصنعة ، اما اذا اجتمعوا على قول احدهما وقالوا يذهب من النفقة في مثل هذا البناء ما يقوله احدهما ، فالقول قوله ولا يلتفت الى قولهما (ذخيرة ملخصًا ، ومثله في التتارخانية والبزازية ، وافتى به الرملي)
والحيلة في تصديقه ان يجعل من الاجرة قدرًا ويقبضه المؤجر ثم يأمره بانفاقه ، فيكون القول له ، لأنه امين ، كانظمه في الحبية اه .
لكن في قوله « ولا يلتفت الى قولهما » هكذا رأيته في اكثر النسخ المطبوعة ، وفيه ما فيه ، ولعل الصواب « ولا يلتفت الى قول الآخر » وقد علمت عبارة البزازية : ولا فرق في هذا الحكم بين ان يكون الاذن والبناء قبل وجوب الاجرة في ذمة المستأجر او بعد وجوبها باشتراط تعجيل الاجرة او بعضها او باستيفاء المنفعة او بعضها والاجرة لم تقبض بعد . هذا ما يقتضيه اطلاق قولهم واحسب ذلك من الاجرة . اما اذا كان قبل الوجوب ، فكون القول قول المؤجر ظاهر ، لأن المستأجر يدعي عليه دينًا وهو ينكره . واما اذا كان بعد الوجوب ، فلأن ما عليه من الاجرة دين في ذمته يدعي ايفاءه من دين يدعيه على المؤجر ، فلم يخرج عن كونه مدعيًا والمؤجر منكرًا . وهذا بخلاف ما اذا قبض المؤجر الاجرة ثم دفعها للمستأجر ليصرفها ، فإن ما دفعه للمستأجر يكون امانة في يده ، فيكون القول قوله في نفي الضمان عن نفسه .

بقي هنا شيء ، وهو انه ذكر في التنوير وشرحه الدر وحاشيته التكملة ، اواخر باب الوكالة بالبيع والشراء ، ما ملخصه انه لو أمر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الاجرة وكذا لو امر بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها يصح الامر اتفاقاً للضرورة ، لانه لا يجد الآجر كل وقت فاقيمت العين المؤجرة مقام المؤجر في القبض وانه ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ان كان ذلك قبل وجوب الاجرة لا يجوز لانه لا دين له عنده حينئذ ، فكان امره بالتصدق بمال نفسه ، فلا يرجع به على الآمر ولا يقتطعه من الاجرة ، لان الاجرة لم تكن وجبت . وبعد الوجوب ، قيل على الخلاف ، اي لا يصح عنده لانه امره باتلاف مال نفسه فلا يرجع عليه به ، ويصح عندهما ، لانه حيث شرط ان يكون ذلك من الاجرة فكأنه قال لترجع به علي . اه ملخصاً وفيه نوع مخالفة لما تقدم آنفاً ، لانه صريح في ان محل رجوع المستأجر فيما صرفه بإذن الآجر اذا كان صدر الاذن في حال كون الاجرة واجبة في ذمة المستأجر باستيفاء المنفعة او باشتراط التعجيل واما قبل ذلك ، فلا ، اتفاقاً ، فليتأمل ملياً وليحرر .

﴿ تنبيه ﴾

ذكر الشارح سليم باز هنا ما نصه : اذا اذن المؤجر للمستأجر بالترميم باطلاع المؤجر او نائبه فخالف ، كان متبرعاً ، فليس له ان يرجع بشيء اه وعزاه للحامدية . وظاهر اطلاقه انه ليس له قلع ما عينه قايمة اذا لم يضر القلع ببناء الدار ، مع ان مافي الحامدية موضوعه ان المستأجر اشهد على نفسه انه ان عمر بدون اطلاع المؤجر او نائبه يكون متبرعا ، فهو ظاهر في انه انما بنى ليكون البناء للمؤجر . اما لو خالف فبنى ليكون البناء لنفسه ، فلا شك ان له قلع ماله عين قائمة مما يكون مالا اذا لم يضر قلعه ببناء الدار ، كما تقدم في شرح الفقرة الاخيرة من المادة (٥٢٩) فراجعها .

﴿ فرع ﴾

استأجر طاحونة ثم آجرها من غيره واذن له بالعمارة فأنفق المستأجر الثاني في عمارتها ، فان علم انه مستأجر والطاحونة ليست له ، لا يرجع . وان لم يعلم ، رجع ،

وهو المختار (بزازية وهندية)

المادة ٥٣١ — ※ لو احدث المستأجر بناءً في العقار المأجور او غرس شجرة فالآجر مخيرٌ عند انقضاء مدة الاجارة ان شاء قلع البناء والشجرة وان شاء بقي ذلك واعطى قيمته كثيرة كانت او قليلة ※

هكذا اطلق في الحامدية كون المؤجر مخيراً . لكن قيده في التنوير والكنز والملتقى بما اذا اضر القلع بالدار او الارض ، والا فلا يجبره المؤجر على التملك ، بل للمستأجر قلع بنائه او شجره ، فتأمل .

وقوله « واعطى قيمته » يعني اعطى قيمته يوم الخصومة مستحق القلع ، وهي اقل من قيمته مقلوعاً بمقدار اجرة القلع . فإن كانت قيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم ، يتملكه الآجر بتسعة دراهم .

وقوله « كثيرة كانت او قليله » فيه اشارة الى ان الحكم كذلك . وان كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الارض ، فليس لصاحب البناء ان يتملك الارض بقيمتها على ما هو جواب الكتاب المختار للفتوى . وافتى به المولى ابو السعود وشيخ الاسلام علي افندي وغيرهما ، خلافاً للكرخي ، فإنه قال : اذا كانت قيمة البناء اكثر ، يضمن صاحبه قيمة الارض ويملكها قياساً على مسئلة الدجاجة اذا ابتلعت لؤلؤة ، كما سيأتي في المادة (٩٠٢) وقد فرّق بينهما في الحامدية بأنه في تلك امر اضطراري صدر بدون قصد معتبر ، بخلافه في مسئلتنا ، فهو فعل اختياري مقصود . ففي امره بالقلع سد باب الظلم . واما ما سيأتي في المادة ٩٠٦ فحيث كانت مقيدة بما اذا كان البناء بناءً على زعم مسوغ شرعي ، كما اذا ورث ارضاً من ابيه وبنى فيها ثم استحقها مستحق ، كانت نظير مسئلة الدجاجة المذكورة ، وسيأتي لها زيادة تحقيق هناك .

المادة ٥٣٢ — ﴿ ازالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الاجارة والتطهير على المستأجر ﴾ .

هذا اذا اقر ان التراب والزبل قد تراكم من فعله . فان انكر ان يكون ذلك من فعله ، كان القول قوله . وقد قدمنا الكلام على هذه المسئلة مستوفىً في شرح المادة (٥٢٩) فلتراجع .

المادة ٥٣٣ — ﴿ ان كان المستأجر يخرب المأجور ولم يقتدر الآجر على منعه راجع الحاكم وفسخ الاجارة ﴾

في الفتاوى الانقروية عن جواهر الفتاوى : رجل آجر ارضاً والمستأجر يخرب الارض تخريباً ظاهراً والمالك لا يقدر على دفعه ، فإن هذا عذر في فسخ الاجارة، لكن الحاكم يفسخها اه .

وفي رد المحتار عن الاسعاف : لو تبين ان المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخها القاضي ويخرجه منه ، فليحفظ اه .

= الفصل الثاني =

﴿ في اجارة العروض ﴾

المادة ٥٣٤ — ﴿ يجوز اجارة الالبسة والاسلحة والخيام وامثالها من المنقولات الى مدّة معلومة في مقابلة بدل معلوم ﴾

ثم في الالبسة يشترط لصحة اجارتها تعيين اللابس او تعميمه بأن يقول له آجرتك لتلبسه او لتلبسه من شئت ، فيتعين من اشتراط الباسه في الأول ، ويتعين اول لابس في الثاني ، فلو خالف ضمن .

اما لو اطلق ولم يعمم تكون الاجارة فاسدة للجهالة ، وتنقلب صحيحة بأول لابس ، لزوال الجهالة بجعل التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء . هذا ما ذكره في الدر وحواشيه .

وهل الاسلحة كالالبسة ؟ لم اره ، ويمكن ان يقال انها تختلف باختلاف المستعمل كالثوب ، وليحرر . واما الخيمة والقبة والفسطاط ، فكالثوب عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . حتى لو استأجر قبة لينصبها في بيته فنصبها في الصحراء ، ضمن . وليس له ان يعطيها غيره بعارية او نحوها ، كالثوب ، وعند محمد كالدار . وعلى هذا اقتصر في الخانية فقال : لو استأجر من آخر فسطاطاً وقبضه كان له ان يؤجره من غيره كما في الدار اه : وفي الهندية ايضاً عن المحيط : ولو استأجر فسطاطاً يخرج به الى مكة ليستظل به فإنه يجوز ، وله ان يستظل به بنفسه وبغيره ، لعدم تفاوت الناس فيه . وان اسرج في الخيمه او الفسطاط او القبة او علق به قنديلاً فأفسد ، فلا ضمان عليه . وان اتخذ فيه مطبخاً فهو ضامن لأنه صنع ما لا يصنع الناس عادة ، الا ان يكون معداً لذلك العمل اه فما ذكره الشارح سليم باز هنا من التسوية بين الالبسة والاسلحة والخيام وامثالها من المنقولات في اشتراط بيان العامل ، وعزاه الى الدر المختار ، غير صحيح اذ لم يذكر في الدر المختار هذا الحكم الا في الثوب والدابة . وقد علمت ان الخيمة ليس حكمها كذلك ، بل هي كالدار ، فليتنبه لذلك .

المادة ٥٣٥ — ✱ لو استأجر احد ثياباً على ان يذهب بها الى محل ثم لم يذهب ولبسها في بيته او لم يلبسها يلزمه اعطاء اجرتها ✱

المراد انه استأجرها ليلبسها في بيته ويذهب بها الى محل آخر . وانما لزمه

اعطاء الاجرة وان لم يلبسها لما تقدم في المادة (٤٧٠) من ان الاجرة تلزم في الاجارة الصحيحة بمجرد الاقتدار على استيفاء المنفعة . وقد علمت مما كتبناه في شرح تلك المادة ان هذا الحكم مقيد بان يكون التمكن المذكور في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي اضيف اليه العقد ، حتى لو تمكن في غير المدة التي ورد عليها العقد ، او فيها لكن في غير المكان الذى اضيف اليه العقد ، لا تلزمه الاجرة ، لأن هذه المنفعة التي تمكن منها في غير المنفعة المعقودة عليها ، كما حررناه في شرح المادة (٤٦٩) وعليه فلو استأجر الثوب ليلبسه يوم الجمعة فتمكن من لبسه يوم السبت ، او ليلبسه في دمشق فتمكن من لبسه في حمص ، لا يلزمه اجرة ويضمنه لو هلك ، كما اذا استاجر دابة ليركبها يوماً خارج المصر فامسكها ذلك اليوم في بيته داخل المصر او خرج به لخارج المصر بعد مضى اليوم ، فانه لا يلزمه اجرة ويضمنه لو هلك ، كما اذا استأجر دابة ليركبها يوماً خارج المصر بعد مضي اليوم ، فانه لا يلزمه الأجر ويكون غاصباً ، كما تقدم عن جامع الفصولين وغيره . وعليه فلا فرق في هذا الحكم بين الدابة والثوب وغيرهما . فما ذكره الشارح سليم باز عن رد المحتار من ان حكم الدابة مخالف لحكم الثوب من حيث ان الدابة لا يكفى فيها التمكن من المنفعة للزوم الاجرة بخلاف الثوب ، لما في العمادية : استاجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فامسكها في بيته في المصر ، لا يجب الأجر ويضمن لو هلكت اه فيه نظر ظاهر ، وقد اسقط من عبارة العمادية لفظ « خارج المصر » بعد قوله « الى مكان معلوم » وبمراجعة عبارات الخانية والهندية والانقروية والفصولين والعمادية تزداد المسئلة وضوحاً ، والله الموفق .

المادة ٥٣٦ — ❋ من استأجر ثياباً على ان يلبسها بنفسه فليس له ان يلبسها غيره ❋

لأن الثوب مما يختلف باختلاف المستعملين فيعتبر فيه التقييد ، كما تقدم في المادة (٤٢٧) وشرحها . ومتى خالف المستاجر فعليه الضمان ولا اجر عليه .

قال في الهندية: ولو استأجر ثوبا ليلبسه مدة معلومة، فليس له ان يلبسه غيره، للتفاوت في اللبس وينصرف الى اللبس المعتاد في النهار واول الليل الى وقت النوم وآخره عند القيام، ولا ينام فيه بالليل، وان فعل وتخرق ضمن. وان سلم حين جاء وقت لبسه، برىء من الضمان. وان كان ثوبا ينام فيه بالليل يجوز ان ينام فيه ويجوز الارتداء به، لانه لبس، ولا يجوز الاتزار به، فيضمن ان تخرق. ولو لبسه عبده بغير اذنه، فالضمان على العبد يتعلق برقبته. ولو استأجره للخروج فلبس في بيته او امسكه ولم يلبس، لا يضمن ويجب الاجر. وعلى العكس يضمن، اي ولا اجر. ولو استأجره ليلبسه كل شهر بدرهم فحبسه في البيت سنين فعليه لكل شهر درهم الى ان يعلم انه لو لبسه تخرق في تلك المدة. ولو استأجر ثوبا يوما الى الليل على انه ان بدا يرده فلم يرده عشرة ايام، فعليه اجره كل يوم استحسانا اه

وفيها عن الذخيرة: ولو استأجرت ثوبا لتخرج تخرج به يوما بدرهم وضاع الثوب منها في اليوم، فلا اجر عليها وان اختلفا في الضياع فقال رب الثوب لم يضع في ذلك اليوم وقالت هي لا بل ضاع فيه، فإنه يحكم الحال: ان كان في يدها وقت المنازعة، فالقول قول رب الثوب مع يمينه. وان لم يكن في يدها وقت المنازعة فالقول قولها. هذا اذا ضاع ثم وجد، وان لم يوجد لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب، وينبغي ان يكون القول قولها ايضا. وان سرق الثوب منها فلا ضمان. ولو تخرق الثوب من لبسها فلا ضمان عليها وان حصل الهلاك بجناية يدها اه.

المادة ٥٣٧ — الحلي كاللباس

فلو استأجرته لتتحلى به بنفسها، فليس لها ان تحلي به امرأة غيرها. وفي الهندية: ذكر عن الحسن رحمه الله تعالى انه قال: لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة، وبه نأخذ كذا في المبسوط. واذا استأجر دارا فيها صفائح ذهب بذهب، فإنه يجوز. هكذا في المحيط.

ولو استأجرت حلياً معلوماً يوماً الى الليل ببدل معلوم لتلبسه فحبسته اكثر من يوم وليلة ، صارت غاصبة . قالوا : هذا اذا حبسته بعد الطلب ، او حبسته مستعملة له . فأما اذا حبسته للحفظ ، فلا تصير غاصبة قبل الطلب . والحد الفاصل بين الامساك للحفظ وبين الامساك للاستعمال انه اذا امسك العين في موضع يمسك للاستعمال فيه ، فهو استعمال . وان امسكها في موضع لا يمسك فيه للاستعمال ، فهو حفظ . فعلى هذا اذا تسورت بالخلخال او تخللت بالسوار او تعمم بالقميص او وضع العمامة على العاتق ، فهذا كله حفظ وليس باستعمال . وان البسته غيرها في ذلك اليوم ضمنت ، يعني في مدة الاجارة ، لأن الناس يتفاوتون في لبس الحلي . كذا في الفصول العمادية .

وان استأجرته كل يوم بأجر مسمى فحبسته شهراً ثم جاءت به ، فعليها اجر كل يوم حبسته .

وان استأجرته يوماً الى الليل فان بدالها لحبسته كل يوم بذلك الأجر فلم ترده الى عشرة ايام ، فالاجارة على هذا الشرط ، فيما عدا اليوم ، فاسدة قياساً . وفي الاستحسان تجوز (كذا في الذخيرة) وكل مستأجر عين او حيوان او متاع او دار اذا فسد ذلك بحيث لا يمكن الانتفاع به سقط الأجر ويجب اجر ما انتفع به . فإن اختلفا في فساده في الزمان الماضي في جميع المدة ، يحكم الحال ، والقول في الماضي قول من شهد له الحال . وان كان سالماً في الحال واتفقا على فساده في بعض المدة واختلفا في مقداره ، فالقول قول المستأجر مع يمينه لأنه ينكر بعض الأجر ، كذا في الغياثية . الى هنا عبارة الهندية .

= الفصل الثالث =

❊ في اجارة الدواب ❊

المادة ٥٣٨ — ❊ كما يصح استكراء دابة معينة كذلك يصح الاشتراط على المكاري الايصال الى محل معين ❊

كما يصح ان يكون المعقود عليه المنفعة ، كأن يستأجر دابة معينة للركوب او الحمل ، فيكون الواجب استيفاء منفعة المأجور ، يصح ان يكون المعقود عليه العمل ، كأن يستأجره لحمله او حمل متاعه المعلوم او المشار اليه الى محل كذا ، فيكون الواجب على الآجر عمل في ذمته . ففي الاول يتعين المأجور لاستيفاء المنفعة ولا يقوم غيره مقامه فلا يستحق الآجر به اجراً ، لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد ، لتعين المعقود عليه . وفي الثاني يمكن الآجر الايفاء بأي دابة كانت ، ويمكنه الاستعانة عليه بغيره ، كالمأمور بقضاء الدين (افاده الزيلعي)

وفي الهندية : اذا تكارى من رجل ابلاً مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ، فالاجارة جائزة . قال الشيخ الامام خواهر زاده : ليس تفسير المسئلة انه استأجر ابلاً بغير عينها ، لأن استئجار ابل بغير عينها لا يجوز ، لجهالة المعقود عليه - بل تفسيرها ان يتقبل الكاري الحمل فيقول له المستكري احملني الى مكة بكذا ، فيكون المعقود عليه الحمل في ذمة المكاري ، وانه معلوم ، والابل آلة الحمل ، وجهالة الآلة لا توجب فساد الاجارة ، كما في الخياط والقصار وما اشبه ذلك . قال الصدر الشهيد: ونحن نفتي بالجواز ، كما ذكر في الكتاب . وتفسير ذلك ما قلنا ، وصار ذلك معتاداً ، ولو لم يكن كذلك لا يجوز . هكذا في المحيط اه .

المادة ٥٣٩ - ✽ لو استأجر دابة معينة الى محل معين وتعبت في الطريق ، فالمستاجر يكون مخيراً ان شاء انتظرها حتى تستريح وان شاء نقض الاجارة . وبهذه الحال يلزم المستأجر ان يعطي تلك المسافة من الاجر المسمى ✽

الاشارة بهذه الى حالة نقض الاجارة ، يعني وفي حاله نقض الاجارة يجب على المستأجر ما اصاب المسافة التي قطعها من الأجر المسمي . فإن كانت نصف

الطريق ، فعليه نصف الأجران استوى النصفـان صعوبةً وسهولة ، والا فبقدره (در عن شرح الوهبانية)

ولو لم يفسخ حتى وصـل الى المحل المعين ، وجب عليه المسمى بتمامه ، سواء ركبها او ساقها ، لرضاه بالعيب ولأنه استوفى المنفعة او تمكن منها مع النقصان ،

وهذا كله اذا حدث بالدابة ما ينقص المنفعة ، كما يشير اليه التعبير « بتعبت » يعني صارت بحال يكون الانتفاع بها اقل من الأول . واما اذا حـدث فيها ما يمنع من الانتفاع بها بالكلية ، كما اذا حصل بها دبر او مرض يمنع من ركوبها او تحميلها اصلاً ، فإن الاجرة حينئذ تسقط اعتباراً من وقت الحدوث ، فسخ او لم يفسخ ، لعدم التمكن من استيفـاء المنفعة ، كما في رد المحتار ، وتقدم في شرح المادة (٥١٥)

ثم اذا نقض الاجارة فإن كان صاحبها معها سلمها اليـه ، والا رفع الأمر للقاضي لينصب عنه وكيلا فيفسخه بحضرته ، لأنه يشترط لصحة الفسخ حضور المؤجر او علمه ، والا فلا يجوز الفسخ في غيبته ، والا اذا كان العيب مفوتاً للانتفاع بالكلية ، كما تقدم في المادة (٥١٨) وشرحها . هذا وقد ذكر في تنقيح الحامدية في جواب سؤال ما نصه : استأجر حماراً الى بخاري فعيي فتركه فضاع ، لم يضمن (فصولين) ولو كان صاحب الحمار مع الحمار ولم يكن صاحب المتـاع معه فرض الحمار في الطريق فترك الحمار والمتـاع وذهب ، لا يضمن ، لأن فيه ضرراً وعذراً .

الحمار اذا عمي او عجز عن المشي فباعه المستأجر واخذ ثمنه وهلك في الطريق ، ان كان في موضع لا يصل الى الحاكم حتى يأمره ببيعه ، لا ضمان عليه ، لا في الحمار ولا في ثمنه وان كان في موضع يقدر على ذلك او يستطيع امساكه او رده اعمى ، فهو ضامن للقيمة (عمادية من اجارة الدواب)

ونقل الشارح سليم باز عن الحامدية بعد هذا ما نصه : وفيها : استأجر حماراً ولم يسم الراكب فقصر الحمار في الطريق فوضعه عند آخر لينفق عليه ، لا يضمن ان هلك الحمار اه مع ان هذه العبارة لم ارها في الحامدية اصلاً . نعم ذكرها في الخانية ، بعد ان ذكر مثل ما في الفصولين والعمادية بنصف ورقة ، هكذا : رجل

اكترى حماراً من كش الى بخارى فعيي الحمار في الطريق وصاحب الحمار كان ببخاري ، فأمر المكتري رجلاً ان ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقداراً معلوماً وسمى له الأجر الى ان يصل اليه صاحب الحمار ، فأمسك الاجير الحمار اياماً فانفق عليه وهلك في يده ، قالوا : ان كان المكتري اكتراه لركوب نفسه ، ضمن ، وان كان اكتراه ولم يسم الراكب ، لا يضمن ، لأنه اذا اكتراه لركوب نفسه لا يكون له ان يؤجره ولا ان يعيره ، فاذا لم يملك الاعارة والاجارة ، لا يملك الايداع ، فيضمن اه ولا يخفى ان في هذا مخالفة لما نقله في الهندية عن الفصولين والعمادية ولما ذكره في الخانية ايضاً ، لأنه اذا كان لا يضمن بترك الدابة المأجورة بلا حافظ اصلا حتى هلكت ولا ببيعها بلا اذن قاض ، وهلاك ثمنها بلا تفصيل بين ان يكتريها لركوب نفسه او لم يسمي لها راكباً ، فكيف يضمن فيما اذا استأجر لها من يتعهدها وينفق عليها ؟ فلا بد من الجمع بين العبارتين . ولعل ما ذكر اولا مفروض فيما اذا عجزت الدابة عن المضي ، كما هو صريح ما في العمادية ويشير اليه التعليل بان فيه ضرورة وعذراً . وما نقلناه ثانياً عن الخانية فيما اذا لم تعجز عن المضي يدل عليه التعبير بعيي اي تعب لا يعجز عن المضي لعدم الضرورة والعذر حينئذ ، فليتدبر .

المادة ٥٤٠ — ﴿ لو اشترط ايصال حمل معين الى محل معين وتعبت الدابة في الطريق فالمكاري مجبور على تحميله على دابة اخرى وايصاله الى ذلك المحل ﴾

لما قدمناه في شرح المادة (٥٣٨) من ان المعقود عليه في هذه الصورة عمل في ذمة المؤجر فيجب عليه ايفاؤه كيفما كان ولو بالاستعانة بدابة غيره ، كالمأمور بقضاء الدين

المادة ٥٤١ — ﴿ لا يجوز استئجار دابة من دون تعيين . ولكن ان عينت بعد العقد وقبل المستأجر يجوز ﴾

اي ويكون المعقود عليه منفعة تلك الدابة ، ويكون الواجب استيفاء منفعتها فقط . وانما انقلبت الاجارة صحيحة بالتعيين بعد الجهالة لارتفاع جهالة المأجور قبل تمام مدة العقد . وهذا استحسان لأن الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة ، والفساد كان لاجل الجهالة ، فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الساعة كالارتفاع في وقت العقد ، فيعود جائزاً (رد المحتار عن قاضي خان في شرح الجامع)

❋ وايضاً لو استوجرت دابة من نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز ويصرف على المتعارف المطلق . مثلاً لو استوجرت دابة من المكاري الى محل معلوم على ما هو المعتاد، يلزم المكاري ايصال المستأجر بدابة الى ذلك المحل على الوجه المعتاد ❋

اي ويكون المعقود عليه عملاً في ذمة المؤجر وهو ايصال المستأجر بدابة الى ذلك المحل على الوجه المعتاد . فان كانت العادة اركاب نوع الفرس فليس له ان يركبه حماراً او بعيراً كما لو وقع العقد على نوع معين من الدواب ولكن لا تتعين دابة دون اخرى من ذلك النوع المشروط او المعتاد ، ولما علمت من ان المعقود عليه عمل في ذمة المكاري وانه معلوم ، والدابة آلة العمل وجهالة الآلة لا توجب فساد العقد .

المادة ٥٤٢ - ❋ لا يكفي في الاجارة تعيين اسم الخطة والمسافة فقط الا ان يكون اسم الخطة علماً متعارفاً لبلدة . مثلاً لو استوجرت دابة الى بوسنه او الى العراق لا يصح اذ يلزم تعيين البلدة او القصبة او القرية التي يذهب اليها ولكن لفظ الشام مع كونه اسم قطعة قد تعورف اطلاقه على بلدة دمشق فلهذا لو استوجرت دابة الى الشام يصح ❋

هذا هو المختار للفتوى ، لأنه يراد به عند الاجارة بلدة دمشق عرفاً ، كما في الهندية عن جواهر الاخلاطي وفيها عن وجيز الكردري : تكاري دابة الى فارس ، فالاجارة فاسدة ، لأن فارس وخراسان وخوارزم وشام وفرغانة وصغد وما وراء النهر والهند والخطا والدشت والروم واليمن اسم الولاية ، وبلخ وهراة واوزجند اسم البلدة ، وفي كل موضع هو اسم للولاية اذا بلغ الادنى له اجر المثل لا يتجاوز عن المسمى ، وفي كل موضع هو اسم البلدة اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله اه وظاهر هذه المادة ان بوسنة اسم لولاية ولم يتعارف اطلاقها على بلدة معينة منها ، والمشهور بخلافه . فاذا كان هناك بلدة مسماة بهذا الاسم ايضاً تصح الاجارة وتكون هي المرادة في عقد الاجارة عرفاً ، كما في لفظ الشام ، بل تلك اولى ، لأن لفظ الشام وان تعورف اطلاقه على بلدة معينة من قطعة الشام ، الا ان تلك البلدة لها اسم مخصوص غيره ، وهو دمشق ، بخلاف لفظ بوسنه ، فإنها كلفظ بخارى . وقد قال في الخانية : رجل استأجر من سمرقند الى بخارى ولم يسم رستاقاً من رساتيقها ولا قصبة ولا بقعة بعينها ، قال الشيخ الإمام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى : الاجارة فاسدة ، لأن بخارى اسم للقصبة مع سوادها فهي كالري . وذكر في الكتاب : اذا استأجر دابة الى فارس او الى الري ولم يسم موضعاً معلوماً ، لا تصح الاجارة في ظاهر الرواية . وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى : تصح وجعل الري اسماً للمدينة خاصة اه وقد علمت مما تقدم عن جواهر الاخلاطي ان هذا هو المختار للفتوى ، فتأمل .

المادة ٥٤٣ — ❊ لو استوجرت دابة الى مكان وكان يطلق اسمه على بلدتين فايهما قصدت يلزم اجر المثل . مثلا لو استكريت دابة من اسلامبول الى چكمجة ولم يصرح الى كبيرها او صغيرها فايهما قصدت يلزم اجر المثل بنسبة مسافتها ❊

ولا يزاد على المسمى ، لان فساد الاجارة لجهالة المسافة لا لجهالة الأجر ، راجع المادة (٤٦٢)

المادة ٥٤٤ – ﴿ لو استكريت دابة الى بلدة يلزم ايصال مستأجرها الى داره ﴾

استحساناً . وفي القياس ليس له ذلك . هذا اذا استأجرها ليركبها ، وكذلك لو استاجرها ليحمل عليها متاعاً ، فإن حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلي فاذا هو قد اخطأ فاراد ان يحمله مرة ثانية الى منزله ، فليس له ذلك (هندية من الباب السادس والعشرين)

وفيها ، بعد هذا : واذا تكارى دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة الى الكناسة ذاهباً وجائياً فاراد ان يبلغ في رجعته الى اهله لم يكن له ذلك انما له ان يرجع الى الموضع الذي تكارى فيه الدابة (كذا في المبسوط)

المادة ٥٤٥ – ﴿ من استكرى دابة الى محل معين فليس له تجاوز ذلك المحل بدون اذن المكاري فاذا تجاوز فالدابة في ضمان المستأجر الى ان يسلمها سالمة وان تلفت في ذهابه وايابه يضمن ﴾

سواء استأجرها ذاهباً فقط او ذاهباً وجائياً ، وسواء عاد الى المحل الذي عينه اولا او لا . وقيل هذا اذا استأجرها ذاهباً فقط ، لانتهاء العقد بالوصول .

ومثل المستأجر في هذا الحكم المستعير – بخلاف المودع ، فإنه اذا عاد الى الوفاق يرتفع عنه الضمان . والفرق ان المودع مأمور بالحفظ قصداً فيبقى الامر بعد العود الى الوفاق ، وفي الاجارة والاعارة مأمور به تبعاً للاستعمال، فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً (كذا في رد المحتار عن الهداية)

ثم ان الاجر يلزم المستاجر سواء سلمها سالمة اوعطبت فضمنها . اما الاول فلأنه حصل المقصود من استيفاء المنفعة المعقود عليها . واما الثاني ، فلأن الضمان وقع بعد استقرار الاجرة في ذمته باستيفاء المنفعة ، فلم يجتمع اجر وضمان . قال في الخانيه : رجل استأجر دابة للركوب الى الكوفة فجاوز بها عن الكوفة مقدار ما لا يسامح فيه الناس وركب في تلك الزيادة او لم يركب ، ثم ردها الى الكوفة ، كان عليه الاجر الى الكوفة فتكون الدابة مضمونة عليه ما لم يردها الى صاحبها ، حتى لو هلكت في طريق الكوفة يضمن قيمتها ولا يسقط عنه شيء من الأجر . وهذا قول ابي حنيفة الآخر ، وهو قول صاحبيه رحمهما الله تعالى . وكان ابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اولاً اذا ردها الى الكوفة بريء من الضمان ، ثم قال لا يبرأ عن الضمان بإزالة التعدي ، وكذا المستعير ، بخلاف المودع .

وقال بعضهم اذا استأجرها ذاهباً وجائياً بريء ، وكذا المستعير . وان استأجرها ذاهباً لا جائياً ، لا يبرأ عن الضمان في كل حال ، الا المودع اه .

وفي الهندية عن التمرتاشي : استأجر دابة ليحمل عليها حملاً معيناً الى موضع معين في طريق بعينه ، او استأجر حماراً يحمل متاعه في طريق بعينه فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس فهلكت او المتاع ، لم يضمن . وان بلغ فله الاجر ، لان الطريقين لما لم يتفاوتا ، لم يفد تعيينه ، حتى لو اخذ في طريق لا يسلكونه او مخوف ، ضمن ، لأن تعيينه مفيد . وان حمله في البحر ، ضمن ، لان الهلاك فيه غالب . وان بلغ فله الاجر ، ولا عبرة بالخلاف عند حصول المقصود . وكذا الجواب في البضاعة اه وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة ليذهب الى مكان كذا فذهب الى مكان آخر ، كما يأتي في المادة الآتية ، فإنه يضمن ، وان كان الثاني اقرب من الاول ولا اجر عليه سواء سلمت الدابة او هلكت ولذا قال :

المادة ٥٤٦ — ❊ لو استكريت دابة الى محل معين فليس للمستأجر ان يذهب بتلك الدابة الى محل آخر فان ذهب وتلفت

الدابة يضمن مثلا لو ذهب الى اسلمية بالدابة التي استكراها على ان يذهب بها الى تكفورطاغ وعطبت يلزم الضمان ❊

ولا اجر عليه سواء سلمت الدابة او هلكت، كما في الهندية ، بخلاف ما اذا تجاوز ذلك المحل المعين الى غيره ، فإن الاجر يجب عليه سواء سلمت الدابة او هلكت، كما تقدم عن الهندية • قال فيها : والاصل في جنس هذه المسايل ان استيفاء المعقود عليه يوجب الاجر على المستأجر اذا تمكن المستأجر من استيفاء ما هو المعقود عليه • اما اذا لم يتمكن ، فلا — الا يرى ان من استأجر من آخر ثوباً بعينه ليلبسه وغصب هذا المستأجر من هذا الآجر ثوباً آخر ، ثم ان المستأجر لبس الثوب المغصوب دون الثوب المستأجر ، فان كان في بيته فإنه يجب الأجر على المستأجر في الثوب المستأجر ، وان لم يكن متمكناً بأن كان غصب رجل الثوب المستأجر من المستاجر ، لا اجر على المستأجر اصلا (كذا في الذخيرة) اه •

وبما ذكرنا تعلم ان ما كتبه الشارح سليم باز في شرح المادة السابقة من انه اذا هلكت الدابة في مسئلة تجاوز المحل المعين فلا اجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان ، خطأ قاله تفقهاً من عند نفسه • نعم في صورة ما اذا استأجرها ذاهباً وجائياً لو قيل بعدم لزوم اجر المجيئ لأنها كانت مغصوبة ، حينئذ لكان له وجه وجيه ، ويدل عليه قول الخانية فيما تقدم « كان عليه الاجر الى الكوفة » فتدبر •

وفي الدر المختار : استأجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق ، وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ، ولا يجب لما بعده عند ابي يوسف ، لأنه بالجحود صار غاصباً ، والاجر والضمان لا يجتمعان • وعند محمد يجب المسمى ان سلمت الدابة اه قال في رد المحتار : قلت : اما اجر ما قبل الجحود ، فيجب وان هلكت بعده ، ولا يلزم اجتماعهما ، لاختلاف الجهة ، كما مر نظيره • تأمل اه ثم رأيت في الخانية ما يفيد اعتماد قول محمد بوجوب المسمى ان سلمت •

المادة ٥٤٧ — ❊ لو استؤجر حيوان الى محل معين و كانت طرقه

متعددة فللمستأجر ان يذهب باي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس ولو ذهب المستأجر من طريق غير الذي عينه صاحب الدابة وتلفت فان كان ذلك الطريق اصعب من الطريق الذي عينه يلزم الضمان وان كان مساوياً او اسهل فلا *

حاصل المسئلة انه اذا لم يعين مالك الدابة او مالك المتاع طريقاً مخصوصا من تلك الطرق ، فلراكب الدابة والمكاري ان يسلك اي طريق شاء ، بشرط ان يكون مما يسلكه الناس . وان عين طريقاً فسلك الآخر طريقاً غيره ، فان تفاوتا بعداً او وعراً ، كان ضامناً ، والا فلا ، لانه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين ، لعدم الفائدة . وكذا ان كان للمحل المعين طريق في البحر وطريق في البر ، فان لم يعين صاحب المتاع واحداً منهما ، كان للمكاري ايصاله ان شاء براً ، وان شاء بحراً ، وان قيده بالبر فسلك البحر كان ضامنا وان كان البحر مما يسلكه الناس لخطر البحر .

وفي جميع هذه المسايل لو بلغ المستأجر بالدابة او المكاري بالمتاع المنزل المعين سالماً ، يلزم الاجر المسمى لحصول المقصود ، ولان جنس الطريق واحد ، فلا يظهر حكم الخلاف الا بظهور اثر التفاوت ، وهو الهلاك . فاذا سلم بقي التفاوت صورة لا معنى ، فوجب المسمى . هذا ملخص ما في الدر وحواشيه ، وتقدم نظيره عن الهندية — وبه تعلم ان ما كتبه الشارح سليم باز في شرح هذه المادة من ان المستأجر بالمخالفة لا اجر عليه ، غلط او سبق قلم ، فليتنبه له .

بقي ما اذا قيد صاحب المتاع ايصاله في البحر فسلك به المكاري في البر . مقتضى قول صاحب الدر « لخطر البحر » وكذا ما تقدم عن الهندية من ان الغالب في البحر الهلاك ، ان لا يكون ضامناً ، لانه مخالفة الى خير ، لكن لا بد من تقييده بما اذا كان طريق البر مما يسلكه الناس ، فليتأمل .

ج — ٢

المادة ٥٤٨ — ※ ليس للمستأجر استعمال الدابة ازيد من المدة التي عينها المؤجر وان استعملها وتلفت في يده ضمن ※

ولا اجر عليه فيما زاد على المدة المعينة ، وان سلمت الدابة ، لأنه غاصب — الا اذا كانت الدابة وقفاً او مال يتيم او معدة للاستغلال ، كما سيأتي في المادة (٥٩٦) لكن الافضل ان يرضى المستأجر صاحب الدابة بشيء ، لما في الخانية : رجلٌ استكرى دابة لسير فرسخ فسار عليها سبع فراسخ ، كان عليه الاجر المسمى للفرسخ ، وفيما زاد على الفرسخ يكون غاصباً ، ولا اجر عليه . وان ارضى المستأجر صاحب الدابة بشيء ، كان افضل اه واما الاجرة المسماة للمدة المعينة فهي واجبة على المستأجر سواء سلمت الدابة او ضمنها بالهلاك ، لأنه لم يكن غاصباً في ذلك الوقت ، وانما صار غاصباً بعده ، كما في مسئلة الفراسخ (افاده في الخانية) اي فلم يجتمع ضمان واجر . فتقييد الشارح سليم باز هنا وجوب الاجر المسمى للمدة المعينة بما اذا سلمت الدابة ، غير مناسب ، فليتنبه له .

المادة ٥٤٩ = ※ كما يصح استكراء دابة على ان يركبها فلان كذلك يصح استكراء دابة على ان يركبها المستاجر من شاء على التعميم ※

لأن استكراء الدابة يختلف باختلاف الراكب كما يختلف الثوب باختلاف اللابس ، فلا يجوز الا بالتعيين ، او بأن يشترط ان يفعل ما يشاء ، على نحو ما تقدم في الزراعة ، اذ كل واحد منهما يختلف ، فلا فرق بينهما (زيلعي)

المادة ٥٥٠ — ※ الدابة التي استكريت المركوب لا تحمل ،

ج—٢

وان حملت وتلفت يلزم الضمان · وبهذه الحال لا تلزم الأجرة انظر الى المادة (٨٦) ❋

ونصها : الأجر والضمان لا يجتمعان اه وهذا بخلاف ما لو استكريت للحمل ، فأن للمستأجر الركوب ، كما سيأتي في المادة (٥٥٩) لأن الحمل يتناول الركوب كما في الخانية وغيرها · وهل اذا استأجرها للحمل فركبها يتعين الركوب ، او حملها يتعين الحمل ؟ قال في رد المحتار : وفي البحر عن العمادية : استأجر دابة ليحمل حنطة من موضع الى منزله يوماً الى الليل ، فحمل وكلما رجع كان يركبها ، قال الرازي : يضمن لو عطبت · وقال ابوالليث : في الاستحسان لا ، لجريان العادة به والاذن دلالة اه فالحاصل انهم اتفقوا على انها لو للحمل ، له الركوب ، لكن الرازي قيده بأن لا يجمع بينهما · والفقيه عممه اه اقول : لكن ذكر في الخانية مانصه: رجل استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها ، فسدت الاجارة · فان لم تنتض حتى حمل عليها شيئاً ، جازت الاجارة · وكذا لو لم يحمل عليها شيئاً ولكن ركبها او اركب حتى جازت الاجارة ، يصير كأن العقد ورد عليه · حتى لو فعل بعد ذلك شيئاً يخالف الاول بأن اركب انساناً اولا او ركب بنفسه ثم اركب غير الاول او كان الاول حملا ثم ركب او اركب ، يصير غاصباً ضامنا اه فأنت تراه قد جزم بأنه لو ركبها بعد ان حملها يصير غاصباً ضامناً ، ولم يذكر فيه خلافاً · ويمكن ان يقال: ما قاله الفقيه ابو الليث من عدم الضمان استحساناً لا دليل فيه على جواز الجمع بين الحمل والركوب مطلقاً ، لأن ذاك في مسئلة وجد فيه الاذن دلالة من المؤجر للمستأجر بالجمع بينهما بحكم العادة والعرف ، فهو كما لو اركبها المستأجر باذن صاحبها لغير من ركبها اولا او لغير من شرط له ركوبها ، فإنه يكون ايضاً غير ضامن ، لعدم التعدي · والحاصل ان المدعي اطلاق جواز الجمع بين الحمل والركوب ، والدليل خاص بما اذا وجد فيه الاذن ولو دلالةً من المؤجر ، فلا مطابقة بينهما ، وقد علمت ان صريح ما في الخانية يخالفه ، فما في البحر غير مسلم وان اقره في رد المحتار ، فليتدبر ·

ح—٣

المادة ٥٥١ — ❊ الدابة التي استكريت على ان يركبها فلان لا يصح اركابها لغيره وان صار اركابها لغيره وتلفت يلزم الضمان ❊

لأنه صار متعدياً بالمخالفة ، لأن الركوب مما يتفاوت فيه الناس فيكون التقييد فيه مفيداً كما تقدم في المادة (٤٢٧) ولا أجر على المستأجر وان سلمت الدابة ، لأنه بالمخالفة يكون غاصباً ، ومنافع الغصب غير مضمونة الا فيما استثني (رد المحتار)

وفي الهندية عن التتارخانية: استأجرها ليركب فأركب غيره ثم انزله وركب ، لا يبرأ عن الضمان اه .

وفيها : واذا استأجرها ليحمل عليها حمل نفسه فحمل عليها حمل غيره ، فلا ضمان ، ولو استأجر محملاً ليركبه ، فليس له ان يحمل غيره اه — اي لأن الحمل لا يختلف باختلاف المستعمل ، فالتقييد فيه غير مفيد ، بخلاف الركوب تأمل .

وفي الدر وحواشيه ، ما حاصله : لو استأجرها ليركبها فأردف غيره ممن يستمسك بنفسه وعطبت الدابة ، يضمن النصف سواء كان الرديف اخف او اثقل ، لأن ركوب احدهما مأذون فيه دون الآخر . وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين ، والا فيضمن الكل ، كما يضمن الكل لو حمل الآخر على عاتقه وان كانت تطيق حملهما ، لأنه لما كان ثقل الاثنين على محل واحد ، كان اشق على الدابة . وان كان الرديف صغيراً لا يستمسك ، يضمن بقدر ثقله بأن يسأل اهل الخبرة كم يزيد ، كما لو حمل شيئاً آخر ، فإنه يضمن كذلك ، اي بقدر ثقله . ولو كان ذلك الشيء ملك صاحبها كولد الناقة المستأجرة اذا ولدت بعد الاجارة ، لعدم الاذن من صاحبها . ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لما مر من كونها في محل واحد ، فهو اشق على الدابة . ولو لبس ثياباً اكثر مما

كان عليه وقت الاستئجار ، فإن كان مما يلبسه الناس عادة ضمن، بقدرما زاد، والا ضمن الكل .

واذا هلكت الدابة بعد بلوغ المقصد في جميع هذه الصور وجب جميع الاجر، لا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لأنا نقول الضمان لركوب غيره او تحميله ولا اجر فيه ، والأجر لركوبه ولا ضمان فيه ، فاختلف المحلان والسببان . ثم ان ضمن صاحب الدابة الراكب لا يرجع على الرديف بشيء ، وان ضمن الرديف رجع على المستاجر لو كان مستاجراً منه، لانه غره في ضمن عقد المعاوضة . ولو مستعيراً فلا رجوع له ، لانه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينهما عقد . واذا سلمت الدابة لزم المسمى فقط في جميع هذه الصور ، لانه استوفى المعقود عليه وزيادة غير ان الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب لها الاجر . وهذا كله اذا اردف المستاجر غيره حتى صار الاجنبي كالتابع له فاما اذا اقعده في السرج وارتدف هو خلف الاجنبي صار غاصباً ولم يجب عليه شيء من الاجر ، لانه رفع يده عن الدابة واوقعها في يد متعدية فصار ضامناً ، والاجر لا يجامع الضمان ، هذا ما نقله في البحر عن غاية البيان . واما ما ذكره في السراج من انه لو جعل نفسه رديفاً للاجنبي فحكمه كما لو اردف الاجنبي فيما تقدم ، فهو مشكل لا ينبغي الاقدام على الافتاء به، لانا لو الزمنا الآجر بارتدافه لزم اجتماع الاجر والضمان، وهو مخالف لما اتفقت عليه كلمتهم من انهما لا يجتمعان اه .

المادة ٥٥٢ — ﴿ من استأجر دابة على ان يركبها من شاء فان شاء ركبها بنفسه وان شاء اركبها غيره ولكن ان ركبها هو او غيره بعد تعيين المراد وتخصيصه بركوب احد لا يصح اركاب آخر ﴾

قوله « بعد تعيين المراد الخ » متعلق بقوله « لا يصح اركاب آخر » يعني لا يصح اركاب آخر بعد ان تعين المراد وتخصص بركوب احد . فكان على المترجم ان يزيد الفاء في قبل قوله « بعد » لوقوع الجملة جواباً لأن الشرطية . قال في الهداية :

فإن اطلق الركوب اي عممه جاز له ان يركب من شاء عملاً بالاطلاق . ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحداً ليس له ان يركب غيره ، لأنه تعين مراداً من الاصل ، والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص على ركوبه اه .

بقي ما لو استأجرها على ان يركب من شاء في اي وقت شاء ، والظاهر ان الاجارة تكون فاسده لجهالة من يركبها ، ولا تنقلب جائزة اذا ركب او اركب واحداً ، لأن اشتراط اركابه من شاء في اي وقت شاء ينافي كون من اركبه تعين مراداً من الاصل — ويدل عليه ما نقله في البحر عن الخلاصة : واذا تكارى قوم مشاة ابلاً على ان المكاري يحمل من مرض منهم او من عيي منهم ، فهذا فاسد اه فتأمل وراجع .

ثم انه لو اركبها احداً والمسئلة بحالها ثم اركبها غيره او ركبها هو فهلكت ، هل يكون ضامناً ؟ لم اره منقولاً ، ويظهر لي عدم الضمان ، لأن اركابها من شاء في اي وقت شاء مأذون فيه من صاحبها ، ويدل عليه ما في الهداية وغيرها : ومن استأجر حماراً الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق اي هلك في بعض الطريق ، فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة امانة في يد المستأجر . وان كانت الاجارة فاسدة ، فإن بلغ الى بغداد ، فله الاجر المسمى استحساناً ، على ما ذكرنا في المسئلة الاولى اه اي من ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فينقلب جائزاً . لكن في مسئلتنا ينبغي وجوب اجر المثل لبقاء الاجارة فاسدة لان الجهالة لم ترتفع قبل تمام العقد لما ذكرنا ، فلا يجري فيها الاستحسان ، فليتأمل عند الفتوى وليراجع ، فاني لم اقف فيها على نقل صريح الآن . ثم رأيت في الهندية : نقل عن الخلاصة بعد ما تقدم نقله عنها : ولو شرط عليه عقبة الاجير ، وتفسيرها ان يركب واحداً منهم ثم ينزل ثم يركب الآخر ثم ينزل ، فذلك جائز اه فهذا يقتضي صحة الاجارة فيما لو عمم له ان يركب من شاء في اي وقت شاء ، لأنه بمعنى عقبة الاجير . وعليه فعدم الضمان ظاهر ، ويمكن ان يقال ان المستأجر في عقبة الاجير جماعة شرطوا ان يركب واحد منهم الخ ، بخلاف مسئلتنا ، فليتأمل .

ج — ٣

المادة ٥٥٣ = ✵ لو استكرى احد دابة وعين المدة او المسافة للركوب من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على ان يركبها من شاء ، تفسد الاجارة . لكن لو عين او بين قبل الفسخ تنقلب الى الصحة . وعلى هذه الصورة ايضاً لا يركب غير من تعين على تلك الدابة ✵

قال في البحر : فلو قال : على ان تركب من شئت او تلبس من شئت ، صح العقد . ولو استأجرها للركوب ولم يسم من يركبه ، لا تصح الاجارة . والفرق ان في الثانية صار الركوب مثلاً من شخصين كالجنسين ، فيكون المعقود عليه مجهولاً ، فلا يصح . وفي الاولى رضي المالك بالقدر الذي يحصل في ضمن الركوب ، فصار المعقود عليه معلوماً . واذا فسدت ، فلو اركبها او ركب بنفسه وجب المسمى استحساناً . وتنقلب صحيحة ، ولا ضمان عليه عند الهلاك . ومقتضى ما مر في المادة (٥٢٤) فيما لو استأجر ارضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم ، من تقييد التعيين قبل الفسخ بكونه برضي المؤجر ، ان يكون التعيين هنا ايضاً مقيداً بذلك ، حتى لو ركبها المستأجر او اركبها ولم يعلم به المؤجر ، او علم ولم يرض ، تبقى الاجارة فاسدة . وقدمنا في شرح تلك المادة ان التقييد بذلك مبني على ما بحثه العلامة المقدسي واقره كل من الطحطاوي وابن عابدين في حواشي الدر ، وذكرنا هناك ان ما بحثه المقدسي لا يعارض ما اطلقه المتون والشروح والفتاوى من انه بمجرد تعيين الراكب في الدابة المزروع في الارض واللابس في الثياب ، ينقلب العقد صحيحاً ، ولم يشترط احد منهم رضاء المؤجر بذلك ، فليراجع ما كتبناه في شرح المادة المذكورة .

وقد رأيت الآن قبيل باب ضمان الاجير من فتح القدير عند ما علل قول ائمتنا الثلاثة بانقلاب العقد بعد الزرع بقوله : (ولنا ان المعقود عليه صار معلوماً قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد) ما نصه : وقال في النهاية ومعراج الدراية : فإن

قيل : وأن ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد ، وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لجواز ان يكون زرع فيها مضراً بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك ، لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك ، وقد تحقق ذلك ، فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ، ولأن المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيين العاقدين صوناً عن الاضرار بأحدهما ، ولا ينفرد احدهما بالتعيين ، لما ان العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم بهما . ثم الاستعمال تعيين من احدهما فلا يصح ذلك . وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوايد بقوله « ولي في هذا التعليل اشكال هائل » ثم قال : قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع ، لأن عقود الانسان تصحح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره ، توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه ، وعند استيفاء احد النوعين من المنافع ، يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد اه ما في النهاية ومعراج الدراية اقول : في الجواب بحث ، لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء ذلك ، واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك اصلاً ، وهذا مما لا سترة به ، فالكلام الفيصل انه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر في الارض ورضاه بما عمل فيها ، فلا يتجه الاشكال المذكور رأساً . وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزاً بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به او لا ، فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعاً . اه ما في فتح القدير . اقول : قد انضح مما في النهاية ومعراج الدراية وغيرهما ان المنقول عن ائمتنا خلافاً لزفر استحسان انقلاب العقد جائزاً بمجرد استعمال الارض او الدابة او الثوب من المستأجر غير مشروط ذلك برضي المؤجر ، فيكون قطعاً عليه المعول بلا التفات الى من بحث في علته او تأول . وقد علمت ان ما اجاب به في النهاية ومعراج الدراية عن ذلك البحث هو بمعنى ما اجبت به عنه في شرح المادة المذكورة آنفا قبل ان اراه ، ولله الحمد ، وان بحث فيه صاحب الفتح كما سمعت . ويمكن ان يؤخذ دفع بحثه المذكور من تعليل الزيلعي وغيره المسئلة بأنه يجعل ما تعين بالاستعمال كأنه ورد عليه العقد ، اى كأنهما اتفقا عليه . وبيان ذلك ان المؤجر لما لم يعين ولم يعمم

فسد العقد ، فكان عليه ان يفسخه ، فلما صبر الى ان استعمله المستأجر علم انه مريد بالعقد اطلاق ان يزرع في الارض ما يشاء ، وان يركب في الدابة من يشاء ، فيتعين المزروع والراكب باستعماله كما يتعين ذلك عند الاطلاق ، ويجعل كأن ذلك المعين هو المعقود عليه ، كما جعل كذلك في صورة الاطلاق . على انك خبير بأن البحث في المنقول عن الائمة رد على صاحبه مهما كان البحث قوياً ، اذ ليس بعد المنقول الا الرجوع اليه ، فتدبره .

ثم اذا مضت المدة ولم يستعمل المستأجر الدابة لا بركوبه ولا باركاب غيره ، لا يجب عليه شيء من الأجر وان كان متمكناً من الانتفاع ، لما تقدم في المادة (٤٧١) من ان الاجارة الفاسدة لا يجب فيها اجر المثل الا بحقيقة الانتفاع ، ما لم تكن الدابة مال وقف او يتيم او معدة للاستغلال .

المادة ٥٥٤ = ﴿ لو استكريت دابة للحمل يعتبر في الأكاف والحبل والعدل عرف البلدة ﴾

وكذا اذا تكاراها للركوب ، ففي اللجام والسرج يعتبر العرف ايضاً (هندية عن المحيط)

وفي الخانية : واذا استأجر خياطاً ليخيط ثوباً ، كان السلك والابرة على الخياط . وهذا في عرفهم ، اما في عرفنا ، السلك على صاحب الثوب . ولو كان الثوب حريراً ، فالابريسم الذي يخاط به الثوب يكون على صاحب الثوب . وفي استئجار اللبان اللبن يكون على اللبان ، والتراب على المستأجر . وفي تنسيج الثوب ، الدقيق يكون على صاحب الثوب . واخراج الخبز من التنور يكون على الخباز . وجعل المرقة في القصاع يكون على الطباخ اذا استؤجر لطبخ عرس او وليمة وان استؤجر لطبخ قدر خاص ، لا يكون ذلك على الطباخ اه وفي الهندية عن المحيط : والاصل في هذا ان الاجارة اذا وقعت على عمل فكل ما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط ذلك في الاجارة على الاجير ، فالمرجع فيه العرف اه

وفي الهندية ايضاً : وسئل محمد رحمه الله تعالى عمن استأجر قصاراً ليقصر له الثوب ، فعلى من يجب حمل الثياب . قال: استحسن ان يكون حمل الثياب على القصار، الا ان يكون القصار قد اشترط ذلك على رب الثياب .

وفيها : وان استأجر الحمال ليحمل الحنطة على ظهره او على دواب المستأجر فالحبل والجوالق يكونان على المستأجر . وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : في عرفنا الجوالق يكون على صاحب الحمل في الاحوال كلها ، الا ان يشترط ذلك على الحمال ، والحبل على الحمال ، لأن الحبل يكون لصيانة الحمل عن الوقوع اه.

وفيها ، من الباب الخامس والعشرين : وان استأجر الرجل من آخر دابة ودفعها اليه بغير سرج ولجام وقال اكريتك عرياناً ولم اكرك بسرج ولا لجام ، وقال المستكري استكريتك بسرج ولجام ، كان القول قول صاحب الدابة . كذا في المحيط اه

المادة ٥٥٥ — ❋ لو استكريت دابة من دون بيان مقدار الحمل ولا التعيين باشارة يحمل مقداره على العرف والعادة ❋

يعني تكون الاجارة فاسدة وتنقلب صحيحة اذا حملها ، كما اذا استأجرها للركوب ولم يعمم ولم يعين ، لما في البزازية : استأجر ولم يذكر ما يحمل ، فسدت (افاده في رد المحتار)

وفي الهندية عن البدائع : ولا بد ايضاً من بيان ما يستأجر له من الحمل والركوب وما يحمل عليها ومن يركبها . فإن اختصما حين وقعت الاجارة في هذه الاشياء قبل ان يحمل على الدابة او يركبها، فإن القاضي يفسخ الاجارة . فإن حمل اوركب على الدابة فمضت المدة ، فله ما سمى استحساناً . ولو فسخ القاضي الاجارة ثم حمل ، لا يجب شيء اه مختصراً .

لكن ذكر في الهندية ايضاً ، عن جواهر الاخلاطي : استأجر ابلاً او حماراً ليحمل عليها الحنطة ولم يبين مقدار الحنطة ولا اشار اليها ، لا يجوز عند البعض .

وعند البعض يجوز، وينصرف الى المعتاد . وهذا اظهر وعليه الفتوى اه .

ويمكن التوفيق بحمل فساد الاجارة على ما اذا لم يبين ما يحمل، وعليه مامرّ عن البزازية والهندية . لكن اذا حمل انعقد صحيحاً ، وان لم يحمل شيئاً فلا اجر عليه وان تمكن من التحميل ، لأن الاجارة الفاسدة لا يجب معها أجر المثل ، الا بحقيقة الانتفاع ويحمل الصحة على ما اذا بين ما يحمل لكن لم يبين مقداره ، وعليه ما مر عن جواهر الاخلاطي، فتصح الاجارة على ما عليه الفتوى ، وينصرف الحمل الى ما هو المعتاد والمعروف في مقداره . وكيفما كان فاذا حمله الحمل المعتاد فله المسمى ولا ضمان عليه اذا هلك ، لأنه مأذون فيه . وان حمله اكثر من المعتاد ، فإن سلمت الدابة يلزم المسمى لصحة الاجارة او انقلابها صحيحة بالتحميل ولا أجر عليه للمقدار الزائد عن المعتاد لأنه غير معقود عليه . وان هلكت الدابة ، فإن كان الحمل مما لا تطيقه هذه الدابة ، ضمن المستأجر القيمة للزيادة ، ووجب عليه كل الأجر ، لاستيفاء المنفعة بالحمل . وان كانت الدابة تطيق مثل هذا الحمل ، ضمن المستأجر ما زاد الثقل وعليه الاجر المسمى ايضاً . اما الضمان فبمقابلة الزائد الذي لا أجر له . واما وجوب الأجر ، فبمقابلة الحمل المسمى او المعتاد الذي لا ضمان فيه ، كما يعلم جميع ذلك مما نقلنا عن الدر وحواشيه في شرح المادة (٥٥١) مع زيادة فيها ايضاً .

ثم ان ضمان ما زاد الثقل فقط في صورة ما اذا كان الحمل تطيقه الدابة ، مقيد بقيدين : الأول ان تكون الزيادة من جنس الحمل المسمى . فلو من غيره، ضمن الكل . الثاني : ان يحمل الزيادة مع الحمل المسمى معاً . فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها ، ضمن الكل لو حملها في مكان المسمى . فلو كان في مكان آخر ضمن قدر الزيادة كما في التتارخانية وجامع الفصولين .

وفيه ايضاً : بخلاف ما اذا استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم فطحن احد عشر ، او ليكرب به جريباً فكرب جريباً ونصفاً ، فهلك ، ضمن كل القيمة ، اذ الطحن يكون شيئاً فشيئاً ، فلما طحن عشرة انتهى العقد ، فهو في الزيادة مخالف من كل وجه ، فضمن كلها — والحمل يكون دفعة واحدة ، وبعضه مأذون فيه ، فلا يضمن الا بقدره ، كما يعلم جميع ذلك مما نقلناه عن الدر وحواشيه في شرح المادة (٥٥١)

واعلم ان هذا ، اي ضمان المستأجر الكل او قدر الزايد ، اذا حملها هو ، اي المستأجر . فإن حملها صاحبها بيده وحده ، فلا ضمان على المستأجر ، لانه هو المباشر ، لما في البحر عن العمادية : استكرى ابلاً على ان يحمل كل بعير ماية رطل ، ثم لقي الجمال بابله واخبره المستكري انه ليس كل حمل الا ماية رطل فحمل الجمال الى ذلك الموضع وقد عطبت بعض الابل ، لا ضمان على المستكري ، لأن صاحب الجمل هو الذي حمل ، فيقال له كان ينبغي لك ان تزن اولا اه وان حملا معًا بان وضعاه على الدابة ، وجب على المستاجر من قيمة الدابة ما يقابل النصف من الزيادة ، لما في البزازية : استاجره ليحمل عشرة مخاتيم فجعل عشرين ، وحملا معاً ضمن ربع القيمة ، لأن النصف مأذون والنصف لا ، فيتنصف هذا النصف . ولو كان البر في جولقين ، اي عدلين ، مثلا ، فحمل كل واحد جولقاً ووضعاها معًا ، او وضع المستاجر اولا ، فلا ضمان على المستاجر ويجعل حمل المستاجر ما كان مستحقاً بالعقد . اما لو حملها ربها اولا ثم المستأجر ضمن المستأجر نصف القيمة ، اي نصف ما قابل النصف من الزيادة كما علمت .

المادة ٥٥٦ — ❊ ليس للمستأجر ضرب دابة الكراء من دون اذن صاحبها ولو ضربها وتلفت بسببه ضمن ❊

وكذا اذا كبحها باللجام ، اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري . ولا يضمن بسوقها المعتاد ، اتفاقًا . اما بغير المعتاد بأن عنف بالسير ، يضمن ، بالاجماع . كذا في الدر وحواشيه .

والضمان بالضرب والكبح قول ابي حنيفة رضي الله عنه ، وقالا لا يضمن اذا فعل فعلاً متعارفًا ، لأن المتعارف ما يدخل تحت مطلق العقد ، فكان حاصلا باذنه ، فلا يضمنه . ولأبي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة ، كالمرور في الطريق (بحر) وعلى قوله جرت عامة المتون ، وعليه الفتوى كما في الهندية . وانظر ما سنكتبه في

شرح المادة الآتية .

وفي الهندية عن المحيط : واذا استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر ، فهو ضامن بقدر ما زاد ، باتفاق الروايات . وان كان السرج الثاني اخف من الاول او مثله ، فلا ضمان . وكذلك لو استأجره باكاف فنزع ذلك الاكاف واوكفه بأكاف هو اخف من الاول او مثله ، فلا ضمان . وان اوكفه بأكاف هو اثقل ، ضمن بقدر الزيادة . واذا استأجر حماراً بأكاف ليركبه فنزع الاكاف واسرجه ، فلا ضمان . ولو استأجر حماراً بسرج ليركبه فحمل عليه مكان السرج اكافا وركبه ، فهو ضامن . هكذا ذكر في الجامع الصغير . قالوا: وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : هو ضامن بقدر ما زاد . وجه ما ذكر في الجامع الصغير ، وهو الاصح ، انه مخالف في الكل صورة ومعنى . وهذا الخلاف اذا كانت دابة توكف بمثل هذا الاكاف . اما اذا كانت دابة لا توكف اصلاً ، او لا توكف بمثل هذا الاكاف ، يضمن جميع القيمة في قولهم جميعاً اه .

وفي الخانية : وهذا اذا كان الحمار موكفاً حين استأجره ، فإن كان عريانا حين استأجره فأسرجه وركب ، ذكر في الكتاب انه يضمن . ومشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : هذا على وجوه : ان استأجره من بلد الى بلد لا يضمن ، لأن الحمار لا يركب من بلد الى بلد عادة الا بسرج او اكاف . وان استأجره ليركبه في المصر ، فإن كان من ذوي الهيئات ، فكذلك ، لأن مثله لا يركب في المصر الحمار عريانا . وان كان من العوام الذين يركبون في المصر عريانا ، فاذا اسرجه يكون ضامنا اه قال في رد المحتار ، بعد ذكر نظيره عن غاية البيان : وهل يضمن كل القيمة او بقدر ما زاد ؟ — صحح قاضي خان في شرح الجامع ، الاول اه وكذا نقل تصحيحه في الهندية عن المحيط .

وفيها : وان استأجر دابة بغير لجام فألجمها او كانت ملجمة فنزعه وابدله بلجام مثله وركب ، لا يضمن . وان كانت تركب بغير لجام فألجمها بلجام لا تلجم بمثله ، كان ضامناً اه .

المادة ٥٥٧ = ❋ لو اذن صاحب دابة الكراء بضربها فليس للمستأجر الا الضرب على الموضع المعتاد . فان ضربها على غيره كما لو كان المعتاد ضربها علَى عرفها وضربها على راسها وتلفت يلزم الضمان ❋

يفهم من هذه المادة والتي قبلها انه لو ضربها مع صريح الأذن على الموضع المعتاد لا يضمن — بخلاف ما لو ضربها بدون صريحه ، فإنه يضمن وان كان الضرب في الموضع المعتاد . وهذا ما صرح به في الهندية حيث قال وعن اسماعيل الزاهد: قال: لو استأجرها ليركبها فضربها فماتت ، ان كان يضربها بأذن صاحبها واصاب الوضع المعتاد ، لا يضمن اجماعاً . وان اصاب غير الموضع المعتاد ، يضمن بالاجماع ، الا ان يكون مأذوناً له في ذلك الموضع بعينه . كذا في المضمرات اه ونقل مثله في رد المحتار عن التتارخانية . لكن اطلاق عامة المتون الضمان اذا هلكت بالضرب او الكبح ، يقتضي ان يكون ضامناً بها وان كان ماذوناً فيه على قول ابي حنيفة المفتى به ، كما ان المجلة قد اطلقت الضمان بالضرب والسوق العنيف في المادة (٦٠٢) الآتيــة . واما حمل ما في المتون على ما اذا كان بغير اذن صاحبها كما قاله في رد المحتار ، فيعارضه توجيه قول ابي حنيفة بأن الاذن بالضرب مقيدٌ بشرط السلامة . قال في الهداية : وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفاً لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بأذنه ، فـلا يضمنه . ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بـدونها ، وهما للمبالغة ، فيتقيد بوصف السلامه ، كالمرور في الطريق اه ومعلوم ان الاذن المقيد بوصف السلامة اعم من الاذن الصريح ومن الاذن المدلول عليه بالعـادة والعرف ، و كون هذا التمليل خاص للاذن دلالة دون الاذن صريحاً تحكم لا دليل عليه ، كيف وقد اتفقت كلمتهم بأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ؟ على ان

ما تقدم عن اسماعيل الزاهد قد ذكره في الهندية بعد ان نقل عن الجوهرة ما نصه : واذا كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه بعنف او ضربها فعطبت ، ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوي اه ثم قال : وعن اسماعيل الزاهد ، الى آخر ما مر . فقد جعل ما عن اسماعيل الزاهد قولاً مقابلاً لما عليه الفتوى من الضمان مطلقاً . هذا ما ظهر لي ، فليتأمل عند الفتوى .

ثم بعد مدة رأيت في الخانية ، في فصل في البقار والراعي ما يوافق ما ذكر عن اسماعيل الزاهد ، مقتصراً عليه ، فليتامل عند الفتوى ، اذ ليس بعد النص الا الرجوع اه منه .

المادة ٥٥٨ — ❋ يصح الركوب على دابة استكريت للحمل ❋

لان الحمل يتناول الركوب . قال الله تعالى ❋ ولا على الذين اذا ما اتوك لتحملهم ❋ (خانية) وانظر ما كتبناه في شرح المادة (٥٥٠ فإنه) مهم جداً .

المادة ٥٥٩ — ❋ لو استكريت دابة عيّن نوع حملها ومقداره يصح تحميلها حملا آخر مماثلا له او اهون منه في المضرة ايضاً . ولكن لا يصح تحميل شيء ازيد في المضرة . مثلا من استكرى دابة على ان يحملها خمسة اكيال حنطة كما يصح له ان يحملها من ماله او مال غيره اي نوع كان خمسة اكيال حنطة كذلك يجوز له ان يحملها خمسة اكيال شعير . ولكن لا يجوز تحميل خمسة اكيال حنطة دابة استكريت على ان تحمل خمسة اكيال شعير كما لا يصح تحميل مابة اقة حديد دابة استكريت على ان تحمل مابة اقة قطن ❋

والاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفاها او مثلها او دونهـا ، جاز . ولو اكثر ، لم يجز . كذا في الدر . وتقدم هذا في المادة (٤٢٦) فلو استأجر الدابة ليحملها خمسة اكيال حنطـة من ماله له أن يحملها ذلك من ماله او مال غيره من اي نوع اراد من انواع الحنطة ، لا اكثر . وكذا يجوز ان يحملها مثل الحنطة وزنًا من الشعير ، لأن ضرر الشعير عند استوائها وزنًا اخف من ضرر الحنطة ، لأنه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما تأخذه الحنطة ، فيكون اخف عليها بالانبساط — ولا يجوز ان يحملها خمسة اكيال حنطة مكان خمسة اكيال شعير ، لأن الشعير اخف وزنًا ، وكذا لا يجوز ان يحملها مابة اقة حديد مكان مابة اقة قطن ، لأن الحديد يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها . وكذا لا يجوز تحميلها مابة اقة قطن مكان مابة اقة حنطة ، لأنه يأخذ من ظهرها اكثر من الحنطة ، وفيه حرارة ، فكان اضر عليها من الحنطة . ومثله اذا حمل عليها مكان الحنطة تبنًا او حطبًا . فحاصله انه متى كان ضرر احدهما فوق ضرر الآخر من وجه ، لا يجوز وان كان اخف ضررًا من وجه آخر .

والضابط في ما يضمنه عند المخالفة ان الخلاف الموجب للضمان اما في الجنس او في القدر او الصفة ، فالأول كما اذا استأجرها لحمل كر شعير فحمل كر حنطـة ، يضمن كل القيمة ، لأنها جنس آخر واثقل ، فصار غاصبًا ولا أجر ، لانهما لا يجتمعان . والثاني كما اذا استأجرها ليحمل عشرة اقفزة حنطة فحمل احد عشر ، فإن سلمت لزم المسمى ، والا ضمن جزءًا من احدى عشر جزءًا من قيمتها . والثالث كما اذا استأجرها ليحمل مابة رطل قطن فحمل مثل وزنه او اقل حديدًا ، يضمن قيمتها . لأن الضرر ليس للثقل فلم يكن مأذونًا ولا اجر ، لما قلنـا (الكل من رد المحتار) اي ويلزمه اجرة العشرة اقفزة في الثاني ، اذ لا ضمان فيها كما تقـدم في شرح المادة (٥٥٥)

المادة ٥٦٠ = ❊ وضع الحمل على الدابة على المكاري ❊

وكذا ازاله عنها وادخال الحمل في المنزل ، لا يكون عليه ، الا ان يكون ذلك في موضع يكون ذلك عليه في عرفهم (خانية ومثله في الهندية) ولا يخالفه ما سيأتي في المادة (٥٧٥) لان ذاك في الحمال ، وما نحن فيه في المكارى ، فافهم . ولذا قال في الهندية بعد ما تقدم : وادخال الحمل في المنزل يكون على الحمال ، ولا يكون عليه ان يصعد به على السطح او الغرفة ، الا ان يشترط ذلك عليه . وكذا صب الطعام في الحقق ، لا يكون عليه الا بالشرط . وذكر ابو الليث رحمه الله تعالى في النوازل . وكذا كري نهر رحى الماء على المؤجر ، لانه لا يمكن الانتفاع بالرحي الا بالماء ، والماء لا يجري الا بكري النهر ، الا ان يكون شرط الكري على المستأجر اه وتمامه تقدم في شرح المادة (٥٢٤) فلتراجع . وقدمنا هناك عن البزازية ان في استئجار الطاحون في كري نهرها يعتبر العرف .

المادة ٥٦١ — ✻ نفقة المأجور على الآجر . مثلاً علف الدابة التي استكريت واسقاؤها على صاحبها ولكن لو اعطى المستأجر علف الدابة بدون اذن صاحبها تبرعاً ليس له اخذ ثمنه من صاحبها ✻

ولو باذن صاحبها فله الرجوع به وان لم يقل لترجع به علي . وكذا الحكم في كل ما هو واجب على المالك . وشمل نفقة المأجور مرمة الدار ومغارمها وعشر الارض وخراجها ومؤنة رد المأجور . حتى لو شرط شيء من ذلك على المستأجر تفسد الاجارة . لانه شرط مخالف للعقد وفيه نفع لاحدهما ، كما في الدر وفي رد المحتار . ثم ظاهر كلام الفقيه ابي الليث انه لو تعورف في الدابة ان يكون علف الدابة على المستأجر ، يجوز تأمل — والحيلة ان يزيد في الاجر قدر العلف ثم يوكله ربها بصرفه اليها ولو خاف ان لا يصدقه فيه ، فالحيلة ان يعجله الى المالك ثم يدفعه اليه المالك ويأمره بالانفاق ، فيصير اميناً (بزازية)

وفي رد المحتار ايضاً : فعلم بهذا ان ما يقع في زماننا من اجارة ارض الوقف باجرة معلومة على ان المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر ، او على ان الجرف على المستأجر ، فاسد كما لا يخفى اه ٠

وفي الهندية : رجل اكترى حماراً فعيي في الطريق فأمر المكتري رجلا ان ينفق على الحمار ففعل المأمور ، ان علم المأمور ان الحمار لغير الآمر ، لا يرجع بما انفق على احد لانه متبرع ٠ وان لم يعلم المأمور ان الحمار لغير الآمر ، له ان يرجع على الآمر وان لم يقل الآمر على اني ضامن اه والظاهر انه لو قال الآمر على اني ضامن ، يرجع المأمور وان علم ان الحمار لغير الآمر ولم اره الآن ، فليراجع ٠

- الفصل الرابع -

- في اجارة الآدمي -

المادة ٥٦٢ — ✻ يجوز اجارة الآدمي للخدمة او لاجراء صنعة ببيان مدة او بتعيين العمل بصورة اخرى كما بين في الفصل الثالث من الباب الثاني ✻

في عطف تعيين العمل على بيان المدة « بأو » اشارة الى انه لو جمع في الاجارة بين المدة والعمل ، تفسد الاجارة ٠ وفيه كلام طويل وتفصيل جليل ، استوفيناه في شرح المادة (٥٠٥) فارجع اليه ٠

وقوله « للخدمة » اي لخدمة المستأجر وزوجته واولاده ٠ ووظيفته الخدمة المعتادة من السحر الى ان تنام الناس بعد العشاء الاخير ، واكله على المؤجر ٠ فلو شرط على المستأجر فسد العقد كعلف الدابة ٠ كذا في كثير من الكتب (رد المحتار) اي الا اذا تعورف ان يكون اكله على المستأجر على ما قاله الفقيه

ابو الليث ، كما قدمناه في شرح المادة السابقة .

وفي الهندية : وخدمة الاجير في البيت ان يقوم وقت الصبح فيسرج السراج ويأتي بالسحور ان كان المستاجر يريد الصوم ويأتي بالوضوء ويحمل الماء الى البالوعة وايقاد النار في الشتاء بالغداة والعشى وغمز رجليه وجميع بدنه الى ان ينام وغير ذلك .

وفي الدر : لا يسافر بعبد استأجره للخدمة لمشقته الا بشرط ، لأن الشرط املك عليك ام لك . وكذا لو عرف ، يعني المستاجر ، بالسفر ، لأن المعروف كالمشروط اه والظاهر ان الحر المستاجر للخدمة كذلك

المادة ٥٦٣ = ✻ لو خدم احد آخر بناء على طلبه من دون مقاوله اجرة فله اجر مثله ان كان ممن يخدم بالاجرة والا فلا ✻

التقييد بكون الخدمة بناء على طلب المخدوم يشير الى انه لو خدمه بلا طلب فلا اجرة له وان كان ممن يخدم بالاجرة ، لأنه يكون متبرعاً ، وهو ظاهر .
وفي الخانية : رجل امر رجلاً ببيع عين من اعيان ماله فباع المامور ثم اختلفا فقال المأمور بعته بأجر وقال الآمر لا بل بلا أجر ، قالوا : ان كان المأمور دلالا يعرف به ، كان له الأجر ، والا فلا . وكذلك الخياط والصباغ اه .

وفي الدر عن الاشباه استعان برجل في السوق ليبيع متاعه فطلب اجراً ، فالعبرة لعادتهم . وكذا لو ادخل رجلا في حانوته ليعمل له اه قال في رد المحتار: يعني العبرة لعادة اهل السوق فإن كانوا يعملون بأجر ، يجب أجر المثل — والا فلا اه .

وفي الخلاصة من الباب الخامس : رجل يبيع شيئاً في السوق فاستعان من رجل من اهل السوق فأعانه عليه ثم طلب منه الأجر ، فالمعتبر عادة اهل السوق : ان كانوا لا يعينون الا بالاجر ، يجب اجر المثل . وان كانوا يعينون في مثل ذلك بغير اجر ، لا شيء له . ثم في كل موضع يجب اذا اخذ الدلال الأجر

ثم ان المشتري رد المشترى بالعيب بطريق هو فسخ او لا يكون فسخاً ، لا يسترد من الدلال ما دفع اليه من الأجر اه وستأتي هذه المادة (٥٧٩)

وفيها : قال لدلال بع ضيعتي على ان لك من الاجر كذا فلم يقدر هو على الاتمام فباعها دلال آخر ، ليس للاول شيء ، وبه اخذ ابو الليث . قال في المحيط: وهو الاستحسان ، وعليه الفتوى . هذا موافق لقول ابي يوسف فيما ذكر في العيون : دفع الى رجل ثوباً وقال بعه بعشرة فما زاد فهو بيني وبينك ، قال ابو يوسف : ان باعه بعشرة اولم يبعه فلا اجر له وان تعب في ذلك ، لأنه عمل باجارة فاسدة فيستحق الاجر . قال : وبقول ابي يوسف يفتي ، لأن الاجر مقابل بالبيع دون مقدماته اذ كان المعقود عليه البيع دون السعي اه — وانظر ما لو باعه باثني عشر مثلا ، هل له اجر المثل بالغاً ما بلغه لجهالته المسمى ، او لا يزيد على درهم لأنه بعد بيعه بأثني عشر علم المسمى ؟ — لم اره ، فليراجع .

ثم رأيت المسئلة في الخانية ، فقال : وان باعه باثني عشر او اكثر من عشرة فله أجر مثله لا يتجاوز به درهماً . وقال محمد رحمه الله تعالى : اري له اجر مثله بالغاً ما بلغ وان لم يبع ، اذا تعب وتعنى ، لأنه عمل بحكم عقد فاسد ، فيستحق اجر المثل ، والفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ، لأنه لم يجعل له الأجر اذا باعه بعشرة ، وانما جعل له الأجر اذا باعه بأكثر من عشرة اه .

ثم رأيت في تنقيح الحامدية ما نصه : سئل في رجل اشترى ثمرات بستان بارزة ثم قال لآخر اعمل معي ولك نصف ربح الثمرة فعمل فيها ، فهل تكون اجارة فاسدة وله اجر مثله ؟ — الجواب : نعم اه =وهو مشكل لان ما ذكرناه عن الخانية والخلاصة يقتضي ان يكون وجوب اجر المثل مقيداً بما ربح في الثمر وان اجر المثل حينئذ لا يزيد على نصف ربح الثمرة فاطلاق الحامدية الجواب بنعم لا يتمشى الا على قول محمد رحمه الله تعالى ، وقد علمت انه خلاف المفتي به ، فليتنبه له ، وليتأمل فيه .

المادة ٥٦٤ — ❊ لو قال احد لآخر اعمل هذا العمل وانا اكرمك ولم يبين ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به ، استحق اجر المثل ❊

لأ نه انما عمل بمقابلة اجر مجهول ، فوجب له اجر المثل بالغاً ما بلغ .

وفي الخانية رجل اخذ من رجل مسحاة وقال لصاحبها كم اجرها فقال لا اريد الأجر بها لكن احمل الي خشباً لقبض المسحاة ، ثم رجع صاحب المسحاة ، فقال اريد بها الأجر ، قالوا : ان كان الخشب الذي سئله خشباً له قيمة عند الناس ، كان له اجر المثل ، لأ نه لما سمى خشباً له قيمة لم يكن راضياً باستعمالها بغير اجر اه ونظير هذا ما تقدم في شرح المادة (٤٨٠) نقلا عن الخلاصة والخانية ، من انه لو استقرض دراهم من رجل فقال له اسكن في حانوتي فما لم ارد عليك دراهمك لا اطالبك بأجرة الحانوت والأجر الذي يجب عليك هبة ، فدفع المقرض له الف درهم وسكن الحانوت مدة ، قالوا : يجب اجر المثل على القرض . وكذا لو اخذ المقرض من المستقرض حماراً ليستعمله الى ان يرد عليه الدراهم اه فالفتوى على وجوب الاجرة على المقرض وان صرح باسقاط الاجرة وقت القرض او قبله او بعده ، لأن المقرض لم يسكنه في داره الا بمقابلة منفعة القرض وذلك لا يصلح عوضاً فيجب أجر المثل . وتمام الكلام على ذلك في شرح المادة المذكورة ، فارجع اليه .

ونقل الشارح سليم باز عن فتاوي علي افندي عن القنية ما نصه : قال رب الدين لمديونه اكرب هذه الارض بجهة المزارعة ، فكربها ، فله اجر مثله ، لأن المديون اذا دفع حماره او ارضه لرب الدين ينتفع به ما دام الدين عليه فانتفع فعليه اجر المثل ، فهذا اولى اه — اقول : وهو مشكل لأ نه اذا كرب الارض بجهة المزارعة ، فإن كانت صحيحه ، فالخارج على ما تقاولا . وان كانت فاسدة ، فإن كان البذر ممن كربها ، فالخارج له وعليه اجر مثل الارض ، والا فله اجر مثل عمله ، فليتأمل

ثم بعد مدة رايت المسئلة في الهندية نقلا عن القنية بلفظ « بجهة المرابحة » وعليها فلا اشكال فتنبه اه منه .

ونقل في الحامدية عن جامع الفتاوي ما نصه : ولو قال اعمل معي في كرمي هذه السنة حتى ازوجك بنتي فعمل فلم يزوجه منه ، ففي وجوب الأجر خلاف ، والاشبه الوجوب . وكذا اختلف فيما لو عمل بلا شرط ولكن علم انه ما يعمل

الا طمعاً في التزوج . وعلى هذا لو قال لرجل اعمل معي حتى افعل في حقك كذا فعمل فأبى اه قال منقحها العلامة بن عابدين : اقول : ظاهره انه لو زوجه بنته لم يستحق اجرة ، مع ان الاجارة فاسدة لجهالة المسمى او عدمه . فينبغي لزوم اجر المثل بالغاً ما بلغ مطلقاً لأنه اذا زوجه انما يزوجه بالمهر ، فلم يحصل بمقابلة عمله شيء يصلح بدلا . ويمكن ان يجاب بأن قوله « فلم يزوجها منه الخ » ليس احترازاً عما لو زوجه ، بل حكمها واحد . وانما قيد بعدم تزويجه لأنه اذا زوجه بنته لا يطلب الاجير في العادة منه اجرة ، او لأنه يزوجه بنته بأجرة عمله ولا يأخذ منه مهراً غيرها . هذا ماظهر ، فتأمله بامعان النظر اه وهو كلام وجيه . ولايذهب عليك ان لزوم اجر المثل بعد ما قال الاجير او صاحب الحانوت « لا اريد بها اجراً » مقيد بما اذا قامت قرينة حالية او مقالية تنبيء عن كون العمل او المنفعة بمقابلة نفع . اما لو قال ذلك ولم تقم قرينة كذلك تنبيء عما هنالك ، فلا اجر له وان كان ممن لا يشتغل الا بأجر ، لما في الخانية : رجل دفع الى خياط ثوباً وقال له خط ثوبي حتى اعطيك اجرك فقال الخياط لا اريد منك الأجر ثم خاطه ، قالوا لا اجر له كان بينهما خلة او لم يكن اه .

المادة ٥٦٥ - ﴿ لو استخدمت العملة من دون تسمية اجرة تعطي اجرتهم ان كانت معلومة والا فأجر المثل : ومعاملة الاصناف الذين يماثلون هؤلاء على هذا الوجه ﴾

يجوز ان تكون المسئلة من باب الاجارة بالتعاطي بأن خدم الاجير برضاه المستأجر . فان كانا يعلمان بمقدار الاجرة قبل ذلك اما بتراضيهما واما بكون ذلك معلوماً عند اهل البلدة ، كما اذا كان الكل يعلمون بان اجرة العامل يومياً خمسة غروش او اجرة قص الثوب مثلا درهم او اجرة خياطة الجبة درهمان

وجب ذلك المعلوم كانه مسمي وان لم تكن الاجرة معلومة لهما باحد الوجهين المذكورين يلزم اجر المثل بعد ايفاء العمل · لكن بانعقاد الاجارة فاسدة بالتعاطي كلام كتبناه في شرح المادة (٤٣٧) فليراجع · ويجوز ان تكون السين في الاستخدام للطلب فتكون الاجارة بالعقد لا بالتعاطي فكذلك يقال ان كانت الاجرة معلومة لديهما بأحد الوجهين السابقين يلزم ذلك المعلوم كأنه مسمى ، والا لزم اجر المثل بايفاء العمل، لفساد الاجارة بجهالة المسمى ·

المادة ٥٦٦ - ❊ لو عقدت الاجارة على ان يعطى للاجير شي من القيميات لا على التعيين يلزم اجر المثل · مثلا لو قال لاحد ان خدمني كذا اياماً اعطيك زوجاً واحداً من البقر فاذا خدم الاجير ذلك المقدار من الايام لا يلزم البقر و يلزم اجر المثل ❊

بالغاً ما بلغ ،لفساد الاجارة بجهالة الاجرة ،كما تقدم في المادة (٤٦٢) و كذا الحكم لو خدم الاجير اقل من ذلك المقدار كنصفها او ثلثها فإنه يعطى اجرة المثل عنها كما هو ظاهر · ثم ان لزوم الاجرة بالغاً ما بلغ مقيد بما اذا لم يبينها الاجير بعد العمل · فلو بينها بعشرة مثلا وجب له اجر المثل لا يزاد على العشرة التي بينها كما ذكرناه في شرح المادة المذكورة عن رد المحتار · و كذا الحكم يعني يجب اجر المثل بالغاً ما بلغ لو استأجره بعين معينة ثم قبل التسليم هلكت او استهلكها المستأجر، كما في الخانية والبزازية ·

❊ ولكن يجوز استئجار الظئر بألبستها كما جرت العادة وان لم توصف الالبسة ولم تعرف يلزمه من الدرجة الوسطى ❊

القياس يقضي عدم جواز استئجار الظئر لأنها ترد على استهلاك العين،وهو اللبن ولهذا لا يجوز استئجار بقية الحيوانات للارضاع ، كما لا يجوز استئجار بقرة و

ليشرب لبنها او كرم ، او شجر ، ليأكل ثمره او ارض ليرعى غنمه القصيل او شاة ليجز صوفها ، وعليه قيمة اللبن والثمرة والصوف والقصيل . لكن صححوا استئجار الظئر استحساناً لتعامل الناس ، ويشترط فيه التوقيت اجماعاً . وكما يجوز بأجر معين يجوز بطعامها وكسوتها وان كانا مجهولين عند الامام ، خلافاً لهما . وجه قوله ان العادة لما جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد لم تكن الجهالة مفضية للنزاع . وحينئذ يجب لها الوسط . ولو كانت الاجرة معينة فطعامها وكسوتها عليها لا على المستأجر الا ان يشترط عليه ذلك بالعقد . ولزوج الظئر ان يطأها وان رضي بالاجارة وليس للمستأجر منعه مخافة الحبل لأنه ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق لكن انما يطأها في بيت نفسه لا في بيت المستأجر ، الا باذنه . وللزوج اذا كان نكاحه معلوماً بغير الاقرار فسخ الاجارة لو اجرت الظئر نفسها بلا اذنه ، سواء كانت الاجارة تشينه بان كان وجيهاً بين الناس او لا ، لأن الارضاع والسهر يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع كما يمنعها من الصيام تطوعاً . وللمستأجر فسخ اجارتها بحبلها ومرضها وفجورها ، اي زناها ، لأن الحبلى والمريضة يضر لبنها بالصغير وهي يضرها ايضاً الارضاع ، فكان لها وللمستأجر الخيار ، كما ان لها الفسخ بأذية اهل الصغير لها ، وكذا اذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها ، وكذا اذا عيروها به ، لانها تتضرر به على ما قيل « تجوع الحرة ولا تأكل بثديها » وهذا اذا امكن معالجته بالغذاء او بأخذ لبن الغير ، والا فليس لها الفسخ ، وعليه الفتوى . وكذا اذا ارادوا سفراً وأبت الخروج معهم ، او كانت بذية اللسان او سارقة او يتقيأ الصبي لبنها او لا يأخذ ثديها . وكل ما يضر بالصغير لا محالة نحو الخروج من منزله زماناً كثيراً وما اشبه ذلك ، فلهم ان يمنعوها منه . واما ما كان فيه توهم الضرر ، فليس لهم منعها منه . وليس عليها ان ترضعه في منزل الاب ما لم يكن عرف بين الناس ، او يشترطوا ذلك عليها . ولو مات الصبي او الظئر انتقضت الاجارة ، ولو مات ابوه ، لا ، لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال او لا .

وعلى الظئر غسل الصبي وغسل ثيابه من البول ونحوه . ومن الوسخ والدرن لا يكون عليها . وعليها اصلاح طعامه ودهنه ، اي طليه بالدهن ، للعرف ، ولا

يلزمها ثمن شيء من ذلك · فإن ارضعته بلبن شاة او غذته بطعام ومضت المدة ، فلا اجر لها لان الصحيح ان المعقود عليه هو الارضاع والتربية ، لا اللبن والتغذية — بخلاف ما لو دفعته الى خادمتها حتى ارضعته او استأجرت من ارضعته ، حيث تستحق الاجر ، الا اذا شرط ارضاعها · ولو اجرت الظئر نفسها لارضاع صبي آخر ولم يعلم الاولون فارضعتهما وفرغت المدة ، اثمت ، ولها الاجر كاملاً على الفريقين ، لشبهها بالاجير الخاص ، من حيث ان ليس لها ان توءجر نفسها من آخر ، وبالاجير المشترك من حيث انها يمكنه ايفاء العمل بتمامه الى كل واحد منهما ، كالخياط ، فتأثم لشبهها بالاجير الخاص ، ولها الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك · هذا حاصل ما في الدر وحواشيه

لكن قوله « ولو مات ابوه لا تنتقض الاجارة سواء كان له مال او لا » يخالفه ما في الخانية ، اول فصل في اجارة الظئر ، من انه ان لم يكن للصغير مال حين استأجر الأب الظئر فاذا مات ، اي الأب ، بطلت تلك الاجارة · وان كان للصغير مال حين استاجرها الاب لا تبطل الاجارة بموت الاب ، ويكون الاب عاقداً لولده فلا تبطل الاجارة بموته اه ملخصاً ، فليتأمل · فان ما تقدم نقله في رد المحتار عن الامام الزيلعي ، وهو امام جليل ، وذكره الطوري نقلا عن المحيط ، فلعل في المسالة خلافاً · ثم رأيت في الهندية : صرح بالخلاف : وان اطلاق محمد في الكتاب يدل على بطلان الاجارة بموت الاب في الحالتين · وفي الطوري عن المحيط ايضاً : انتهت مدة ارضاع الظئر ، والصغير لا يأخذ الا ثديها ، تبقى الاجارة بأجر المثل جبراً عليها ، لأن الاجارة كما تفسخ بالاعذار ، تبقى بالاعذار اه ·

المادة ٥٦٧ = ✵ العطية التي تعطى الى الخدمة من الخارج لا تحسب من الأجرة ✵

الظاهر انه لو اشترط احتسابها من الاجرة تفسد الاجارة ويجب للاجير اجر

المثل ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمستاجر ، ولا تزيد على ما سمى من الاجرة . ولو استخدمه بما يحصل له من العطايا فقط تكون الاجارة فاسدة ايضاً وله اجر المثل بالغاً ما بلغ ، لجهالة المسمى او لعدمه . وفي الصورتين لا تحسب تلك العطية من اجر المثل ايضاً لأنها تمليك له من اجنبي لا حق فيها للمستأجر ، وان كان الخادم بحيث لو لم يخدم المستأجر لا تصل اليه تلك العطية ، هذا ما يقتضيه الفقه وان لم اره منصوصاً .

المادة ٥٦٨ = ❋ لو استوجر استاذ لتعليم علم او صنعة وسميت الأجرة فان ذكرت مدة انعقدت الاجارة صحيحة على المدة حتى ان الاستاذ يستحق الاجرة بكونه حاضراً ومهيئاً للتعليم تعلم التلميذ او لم يتعلم .وان لم تذكر مدة انعقدت الاجارة فاسدة وعلى هذا الوجه ان تعلم التلميذ فالاستاذ يستحق الاجرة والا فلا ❋

قال في الخانية : رجل استأجر رجلا ليعلم عبده او ولده الحرفة ، فيه راويتان: فإن بين لذلك وقتاً معلوماً سنة او شهراً ، جازت الاجارة واستحق المسمى ، تعلم العبد او لم يتعلم . وان لم يبين لذلك وقتاً ، لا تصح الاجارة ، وله أجر المثل ان تعلم الولد او العبد . وان لم يتعلم ، فلا اجر له اه .

وانظر ما لو تعلم بعض الصنعة هل يلزمه اجرة مثل ما تعلمه — ؟ الظاهر نعم . ويظهر لي انه انما يشترط ذكر المدة لصحة الاجارة اذا كان الاستاذ اجيراً خاصاً بأن اشترط عليه ان لا يعلم في تلك المدة احداً غير من استوجر لتعليمه ، فيصير المعقود عليه منفعة الاستاذ في ذلك الوقت ، فبمجرد حضوره وتهيئة نفسه للتعليم يستحق الاجر المسمى ، حصل التعليم فعلاً اولا ، كما هو الحكم في الاجير الخاص المذكور في المادة (٤٢٢) اما اذا كان الاستاذ اجيراً عاماً كمؤدب الاطفال في زماننا ، فلا يشترط لصحة استئجاره بيان المدة ، بل يكفي بيان

مقدار الاجرة مع بيان العمل وهو تعليم القرآن العظيم . فلو دفع رجل ولده لمؤدب الاطفال ليعلمه القرآن العظيم بماية قرش مثلا ولم يذكر لذلك مدة ، تصح الاجارة ويلزمه المسمى اذا علمه القرآن العظيم . ولو علمه البعض كان له بنسبة المسمى ، فإن علمه النصف كان له نصف المسمى ، وهكذا على ما عليه الاكثرون كما تقدم في شرح المادة (٤٢٤) نعم لو لم يذكر الاجرة يستحق اجر المثل بالغاً مابلغ ، لفساد الاجارة . وقد اجاب في الفتاوي الحامدية عن رجل دفع ولده الصغير الى مؤدب الاطفال ليعلمه القرآن العظيم فلما علمه الى ان قارب الربع اخذه ابوه منه فراراً من ان يعطيه الحلاوة المرسومة ولم يشرطا اجراً ، بقوله « يؤمر الوالد بتطييب قلب المعلم وارضائه ، كما صرح بذلك في البزازية »

وصرح في التتارخانية نقلاً عن المحيط بأنه عند عدم الاستئجار يجب اجر المثل ، وبمثله فتى علامة فلسطين الخير الرملي اه .

وذكر في الخانية : رجلٌ استأجر معلماً سنة ليعلم ولده القرآن فمضت ستة اشهر ولم يتعلم ، كان له ان يفسخ الاجارة اه وذكر المسئلة في الهندية ، ثم قال: ما رأيت رواية في هذا لكن افتى الشيخ الامام علي الاسبيجابي ، فافتيت انا ايضاً كذا في الصغرى اه .

المادة ٥٦٩ — ❋ من اعطى ولده لأستاذ ليعلمه صنعة من دون ان يشترط احدهما على الآخر اجرة فبعد تعلم الصبي لو طلب احدهما من الآخر اجرة يعمل بعرف البلدة وعادتها ❋

فان كان العرف يشهد للاستاذ ، يحكم بأجر مثل تعليم ذلك العمل . وان شهد للمولى ، فأجر مثل الغلام على الاستاذ (رد المحتار) والمسئلة مذكورة في الدرر من الدرر ، وذكرها في الخانية ايضاً ، ثم قال : قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى : كان شيخنا الامام يقول . عرف ديارنا في الاعمال

التي يفسد المتعلم فيها بعض ما كان متقوماً حتى يتعلم كمثل ثقب الجواهر وما اشبه ذلك ، فما كان من جنس هذا يكون الأجر على المولى ، ان كان مسمى فالمسمى ، وان لم يكن فأجر المثل عليه للأستاذ ، وما لم يكن من جنس هذا يجب الأجر على الاستاذ اه اقول : وهكذا العرف في ديارنا . ثم متى اشترط الاجر على الاستاذ كان له ان يستعمله في اعمال نفسه ، كما في البزازية .

المادة ٥٧٠ — ❊ لو استأجر اهل قرية استاذاً او معلماً او مؤذناً واوفى خدمته يأخذ اجرته من اهل تلك القرية ❊

قال في التنوير وشرحه : ولا تصح الاجارة لاجل الطاعات مثل الاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه ، ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه والامامة والأذان ، ويجبر المستأجر على دفع ما قبل ، فيجب المسمى بالعقد ، واجر المثل اذا لم تذكر مدة اه .

وقال في الهداية : وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم بظهور التواني في الأمور الدينية . ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن ، وعليه الفتوى اه وزاد بعضهم على ما في الهداية : تعليم الفقه والوعظ ، للعلة المذكورة ، والاذان والاقامة لذلك ولأنها من شعائر الدين ، ففي تفويتها هدم الدين . واما الاستئجار على بقية الطاعات ومن ذلك ، تلاوة القرآن المجردة عن التعليم ، فغير جائز اتفاقاً ، والاستئجار عليه باطل ، لعدم الضرورة فيها . وقراءة القرآن بالاجرة وكذا الذكر وما اشبهه ، لا ثواب فيه للقارىء ولا للمستأجر ولا لغيرها ، ويمنع القارىء لاجل الدنيا من القراءة ، والآخذ والمعطى آثمان . هذا ما حققه العلامة ابن عابدين في رسالته المسماة شفاء العليل وبل الغليل التي اتى فيها بالعجب العجاب لذوي الالباب ، واقره على ذلك جميع علماء عصره ، واثنوا عليه بما هو جزء جزئي من مآثر فضله وبره .

واما ما كتبه العلامة المرحوم مفتي دمشق سابقاً السيد محمود افندي الحمزاوي

في رسالته المسماة برفع الغشاوة عن جواز اخذ الاجرة على التلاوة حيث ذكر فيها اربعين نقلا في جواز اخذ الأجرة عليها ، فردود: عليه لأن تلك النقول بنقل بعضها عن بعض ترجع اصولها الى ثمانية كتب من كتب المتأخرين قد اطلع عليها كلها العلامة ابن عابدين ورد عليها بنصوص المذهب ، التي لغيرها بالاخذ والفتوى لا يذهب . وقد اشارت المجلة الى اعتماد ماحرره ذلك الامام النحرير والهمام المحقق الشهير حيث اقتصرت في تجويز الاجارة من بين سائر الطاعات على الامامة والتعليم والأذان . ومعلوم ان التعليل يشمل تعليم القرآن وتعليم الفقه والوعظ ، فأفادت ان ما عدا ذلك من بقية الطاعات لاتجوز الأجارة عليه ، فوجب المصير اليه ، وتعين حط رحال الفتوى لديه .

المادة ٥٧١ — ﴿ الاجير الذي استؤجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره : مثلا لو اعطى احد جبة لخياط على ان يخيطها بنفسه بكذا دراهم فليس للخياط ان يخيطها بغيره . وان خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن ﴾

سواء كان الخياط اجيراً خاصاً بأن اشترط عليه ان لا يشتغل لغيره ، او مشتركاً . واذا كان مشتركاً فضمانه بغير خلاف ، سواء كان الهلاك بتعد من المدفوع اليه اولا ، وسواء كان بسبب يمكن الاحتراز عنه اولا يمكن ، لأنه بدفع الجبة الى غيره قد تعدى ، فيضمن . وقال في رد المحتار : وسواء كان المدفوع اليه غلامه او اجيره اولا ، لأن المعقود عليه العمل من محل معين ، فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة ، بأن استأجر رجلاً شهراً للخدمة ، لا يقوم غيره مقامه لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد (زيلعي) وافاد ايضاً ان الضمان واجب ، وان كانت المخالفة الى خير بأن استعمل الخياط من هو اصنع منه ، لأنه مما يختلف باختلاف المستعمل ، فالتقييد فيه مفيد . وافاد ايضا ان ظاهر قول الزيلعي لأنه

استيفاء للمنفعة بلا عقد مع قول الخانية «لو دفع الى غلامه او لميذه لا يجب الاجر» اه ان الجبة لو سلمت مخيطة فلا اجر على المستأجر ، لا للمدفوع اليه الذي خاطها ، لعدم العقد بينهما اصلاً ، ولا للدافع لأنه لم يأت بالعمل المعقود عليه . ثم قال : وهل للمدفوع اليه على الدافع اجر المثل؟ - محل تردد ، فليراجع اه قال الشارح سليم باز : قلت: لا تردد اذ لو كان الخياط حريفاً لهذه الصنعة وجب له اجر المثل ، والا فلا (راجع المادة ٥٦٣ والمادة ٤٣) وهذا اذا لم يشترطا اجراً معلوماً ، اذ لو عينا اجراً وجب له الاجر المسمى كما هو ظاهر اه اقول : ما تقدم في المادتين المذكورتين انما يشهد له لو كان دافع الجبة الى الخياط الثاني هو مالكها ، لا لو كان فضولياً ، كما هو في مسئلتنا . وكيف لا يكون في المسئلة تردد . وقد قدمنا في شرح المادة (٥٦١) عن الهندية ان مكترى الحمار لو امر رجلاً بأن ينفق عليه ففعل المأمور ، فإن علم المأمور ان الحمار لغير الآمر لا يرجع بما انفق على احد ، لأنه متبرع . هذا وقد افادت المادة (٤٤٧) ان انعقاد اجارة الفضولي موقوف على اجازة المالك ، فاذا ردها المالك بطلت ، وحينئذ يكون عقد الخياط الاول مع الثاني كأن لم يكن ، لبطلانه . نعم يمكن ان يقال ان الخياط الاول اذا عقد الاجارة مع الثاني يكون مستأجراً له ، والمستأجر بمنزلة المشتري ، لأن الاستئجار شراء المنفعة او العمل ، وقد تقدم في شرح المادة (٣٦٨) ان شراء الفضولي يكون نافذاً عليه متى وجد العقد نفاذاً ، وذلك بأن لم يضف العقد الى من اشترى له فيقال هنا : ان كان العقد مضافاً الى مالك الجبة بأن استأجره ليخيط جبة فلان فلا شك ان الاجير الثاني لا يستحق اجرة على الاجير الاول ، لبطلان عقده بعدم اجازة مالك الجبة قبل فراغه من العمل . وان اضاف العقد الى نفسه او اطلق ، وجب عليه المسمى ان صحت الاجارة ، واجر المثل ان فسدت ، لأن العقد وجد نفاذاً على الاجير الأول ، ولأن الاجير الاول قد غره في ضمن عقد ولو فاسداً ، فيضمن اجرته . لكن هذا تفقه لا يجوز الافتاء به بلا نقل صريح . واما ما جزم به الشارح سليم باز من انه يستحق الاجر على من استأجره ، فهو جراءة على الشرع بدون استناد على نقل ولا تفقه عن صحيح العقل ، فليتنبه .

المادة ٥٧٢ — ﴿ لو اطلق العقد حين الاستئجار فللاجير ان يستعمل غيره ﴾

لأنه بالاطلاق رضي بوجود عمل غيره (رد المحتار عن القهستاني) ولأن المطلق ينصرف الى المعتاد فيما لم يشترط . والصناع يعملون في العادات بأنفسهم وبأجرائهم فكان له ان يعمل بنفسه وباجيره (ط)عن الاتقاني .
والمراد بالغير في قوله « فللاجير ان يستعمل غيره » اجيره . ولذا قال في التنوير : وان اطلق ، كان له ان يستأجر غيره . قال شارحه العلائي : افاد بالاستئجار انه لو دفع لأجنبي، ضمن الاول، لا الثاني . وبه صرح في الخلاصة . قال (ط) : المراد بالاجنبي غير الاجير اه ويظهر لي ان ابن الاجير وغلامه وشريكه في دكانه ، مثل اجيره ، لأن العادة ان الصناع يعملون بهم كما يعملون باجرائهم ، ولان لفظ الاجنبي لا ينتظمهم ، تأمل . ويشير الى ما ذكرنا تعبير المادة الآتية عن الغير بخليفته .
ثم ان قول الدر : «ضمن الاول لا الثاني» يريد به ان المستأجر له ان يضمن الاجير الاول ما سرق من الاجير الثاني ، بلا خلاف ولا تفصيل . كما قلنا فيما اذا شرط عليه ان يعمل بنفسه وليس له تضمين المدفوع اليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما له تضمين ايهما شاء (افاده في رد المحتار)

المادة ٥٧٣ — ﴿ قول المستأجر للاجير اعمل هذا الشغل اطلاق . مثلاً لو قال احد للخياط خط هذه الجبة بكذا دراهم من دون تقييد بقوله خطها بنفسك او بالذات وخاطها الخياط بخليفته او خياط آخر يستحق الأجر المسمى وان تلفت الجبة بلا تعد لا يضمن ﴾

عبارة التنوير : وقوله « على ان تعمل» اطلاق اه نصار الحاصل ان ما لم يذكر فيه بنفسك او بذاتك او بيدك ، اطلاق . وما ذكر فيه ذلك ، تقييد وان لم يقل « ولا تعمل بيد غيرك » كما في رد المحتار .

هذا وقد استثنى في التنوير الظئر من قولهم « واذا شرط عمل نفسه فليس ان يستعمل غيره » فإن لها استعمال غيرها . قال شارحه العلائي : بشرط وغيره (خلاصة) اه — وهو مخالف لما قدمناه في شرح المادة (٥٦٦) من انها لو دفعته الى خادمتها او استأجرت من ارضعته ، لها الاجر ، الا اذا شرط ارضاعها ، اي بنفسها ، على الاصح . فما في التنوير خلاف الاصح . على ان عبارة الخلاصة هكذا : « ولو دفعت الى جارتها لترضعه فلها الاجر ، بخلاف ما اذا ارضعته بلبن البقرة » فهو مطلق يمكن حمله على ما اذا لم يشترط عليها ارضاعه بنفسها ، فتأمل .

المادة ٥٧٤ — ✵ كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الاجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها كما ان العادة في كون الخيط على الخياط ✵

كذا في الهندية . وفيها : اذا استأجر دابةً الى سمرقند او الى بخارى ، فاذا دخل المكاري البلدة يجب عليه ان يأتي الى بيت المستأجر ، استحساناً . اه وتمام فروع هذه المادة تقدم في شرح المادة (٥٥٤)

المادة ٥٧٥ — ✵ يلزم الحمال ادخال الحمل الى الدار ولكن لا يلزم عليه وضعه في محله . مثلاً ليس على الحمال اخراج الحمل الى فوق الدار ولا وضع الذخيرة في الانبار ✵

قال في الخلاصة : ولو طلب من المكاري ان يدخل الحمل بيته ، فالمعتبر هو العرف . ولو اراد ان يصعد به السطح ، فليس على المتأجر ، الا اذا شرط عليه . وفي الذي يحمل على ظهره ، عليه ان يدخله داره ، وليس عليه ان يصعد به السطح اه فلو جرى العرف ان الحمال على ظهره او المكاري يضع الذخيرة في الانبار ، يكون عليه وضعها فيه كما اذا شرط عليه ذلك ، وهو ظاهر وانظر المادة (٥٦) وشرحها .

المادة ٥٧٦ = ❋ لا يلزم المستاجر اطعام الاجير الا ان يكون العرف في البلدة كذلك ❋

حتى لو كان ذلك متعارفاً لا يكون اشتراطه على المستأجر مفسداً للعقد ، على ما قاله الفقيه ابو الليث ، كما في الحموي على الاشباه . قال في رد المحتار : ثم ظاهر كلام الفقيه انه لو تعورف ذلك في علف الدابة يجوز ، تأمل اه والظاهر انه يلزم المستأجر حينئذ ان يطعمه من اوسط الطعام ، تأمل .

المادة ٥٧٧ = ❋ ان دور دلال مالا ولم يبعه وبعد ذلك باعه صاحب المال فليس الدلال اخذ الاجرة . وان باعه دلال آخر فليس للاول شيء وتمام الاجرة للثاني ❋

لأن العادة بين الناس انهم لا يعطون الأجرة اذا لم يتفق البيع ، فكان المعقود عليه عادة هو البيع دون مقدماته . وهل الحكم كذلك سواء كانت الاجارة صحيحة او فاسدة ، او خاص بما اذا كانت فاسدة ؟ — صريح ما في الهندية ان الحكم كذلك مطلقاً ، فانه ذكر ما نصه : رجلٌ اراد ان يبيع بالمزايدة فامر رجلا ان ينادي ثم يبيع صاحبه فنادى ولم يبع ، قالوا : ان بين لذلك وقتاً ، جازت

الاجارة وله الأجر المسمى . وكذا ان لم يذكر الوقت ولكن امره ان ينادي كذا صوتاً ، جاز ايضاً . قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : لا شيء له ، لأن العادة فيما بين الناس انهم لا يعطون الأجر اذا لم يتفق البيع ، وهو المختار . كذا في الظهرية ، وهكذا في فتاوى قاضيخان اه

اقول : لكن عبارة فتاوي قاضيخان على ما وجدته في نسختي هكذا : رجل قال لدلال : اعرض ضيعتي ، فعرض ولم يقدر الدلال على اتمام العمل وباعها دلال آخر ، اختلفوا فيه : قال ابو القاسم البلخي : ان كان الدلال الاول عرض وتعنى وذهب في ذلك روز كاره ، كان له أجر مثله بقدر عنائه وعمله . وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : القياس ما قاله ابو القاسم . وفي الاستحسان : اذا ترك الدلال الأول حتى باع غيره ، فلا أجر له ، لأن الدلال في العادة لا يأخذ الأجر بدون البيع . وهذا القول يوافق قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . ولو اراد ان يبيع بالمزايدة ودفع الثوب الى رجل وامره لينادي ثم يبيعه صاحبه فنادى ولم يبع ، قالوا : ان بين لذلك وقتاً ، جازت الاجارة وله الأجر المسمى . وكذا لو لم يذكر الوقت ولكن امره ان ينادي كذا صوتاً ، جاز ايضاً . فإن نادى كذا صوتاً ولم يتفق البيع كان له المسمى . وفي الوجه الأول قال الفقيه ابو النصر رحمه الله تعالى : له أجر مثله ، لأن عمله بإجارة فاسدة . وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى . لا شيء له ، لأن العادة فيما بين الناس انهم لا يعطون الأجر اذا لم يتفق البيع ، وهو المختار اه فأنت تراها صريحة في ان الخلاف بين الفقيه ابي نصر وبين الفقيه ابي الليث في استحقاق الاجرة عند عدم اتفاق البيع ، فيما اذا كانت الاجارة فاسدة . وظاهره انهما متفقان على وجوب المسمى فيما اذا كانت الاجارة صحيحة ، وهو الذي يقتضيه الفقه ، لان المعقود عليه في الاجارة الفاسدة هو عمل البيع دون مقدماته ، كما قدمناه عن الخلاصة آخر شرح المادة (٥٦٣) والمعقود عليه في الاجارة الصحيحة اما المدة المعينة واما عمل الاصوات المعينة ، وقد سلم نفسه في صورة ما اذا كان المعقود عليه المدة واتم عمل الاصوات المعينة فيما اذا كان المعقود عليه ، فوجب المسمى . فلعل ما في الهندية عن فتاوي قاضيخان فيه تحريف او اختصار مخل ،

فلتراجع الظهيرية ، فإنها ليست عندي .

ثم رأيت في البزازية من الباب الخامس في الاستصناع : استأجر رجلاً للبيع والشراء ولم يوقت ، لا يجوز . وان وقت ، جاز ويلزم الأجر ، حصل البيع ام لا . اه

وانما قيد في عبارتي الخانية والظهيرية المنقولة في الهندية بقوله « ثم يبيعه صاحبه » لتتأتى في المسئلة صحة العقد ، اذ لو كان المعقود عليه بيع الدلال لا تتأتى صحة العقد، لما في الخانية ايضاً : رجل امر سمساراً ليشتري له الكرابيس او دلالاً ليبيع له هذه الاثواب بدرهم ، لا تجوز هذه الاجارة ، لأن البيع لا يتم بالدلال ، وانما يتم به وبالمشتري ، ولا يدري متى يجيء المشتري اه . وبهذا تعلم ان ما تصرف به الشارح سليم باز في عبارة الخانية التي نقلها في شرح هذه المادة ، وقد سمعت نقلها آنفاً من حذف لفظ « صاحبه » في قوله وامره لينادي ثم يبيعه صاحبه ، واقتصاره على لفظ « ثم يبيع » هو تصرف مخل .

المادة ٥٧٨ — ❋ لو اعطى احد ماله للدلال وقال بعه بكذا دراهم فان باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفاضل ايضاً لصاحب المال وليس للدلال سوى الاجرة ❋

اي اجرة المثل بالغة ما بلغت لو لم يكن سمى له اجرة ، ولا تزيد على المسمى لو كان سمي ، لفساد الاجارة من كل وجه ، كما علمت .

بقي ما لو قال للدلال بعه بعشرة وما زاد فهو لك اجرة . والظاهر انه لا اجر له اصلا ، لو باعه بعشرة او لم يبع ، لأنه لم يجعل له اجرة على ذلك . ولو باعه بزيادة فله اجر مثله ، لا يزيد على تلك الزيادة ، نظير ما لو قال بعه بكذا وما زاد بيني وبينك مناصفه ، كما قدمناه عن الخانية في شرح المادة (٥٦٣) وهو قول ابي يوسف المفتي به ، فراجعه .

ج — ٢

المادة ٥٧٩ ✻ لو خرج مستحق بعد اخذ الدلال اجرته وضبط المبيع او رد بعيب لا تسترد اجرة الدلال ✻

قال في الخانية : الدلال في البيع اذا اخذ دلاليته بعد البيع ثم انفسخ بينهما بسبب من الاسباب ، سلمت له الدلالية ، لأن الأجر عوض مقابل بالعمل ، وقد تم العمل فلا يرجع عليه بالاجرة ، وهو الدلالية — كالخياط اذا خاط الثوب ثم فتقه صاحب الثوب ، فإنه لا يرجع على الخياط بالاجر . وكذا صاحب الدار اذا هدم الدار ، لا يرجع على البناء بشيء اه . ومثله في الخلاصة والهندية .

المادة ٥٨٠ — ✻ من استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذي في ارضه وبعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول آفة او بقضاء آخر فلهم ان يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصة ما حصدوه وليس لهم اخذ اجرة الباقي ✻

لان الاجارة قد انفسخت بما قابل الباقي من الزرع بهلاكه ، لفوات الغرض الذي كانت الاجارة لاجله ، وتقدم تحقيقه في شرح المادة (٤٤٣) فليراجع، فإن فيه فوائد .

المادة ٥٨١ — ✻ كما ان للظئر فسخ الاجارة لو تمرضت كذلك لأبي الطفل فسخها اذا مرضت او حملت او لم يأخذ الصبي ثديها او استفرغ لبنها ✻

قدمنا الكلام على احكام الظئر مستوفى في شرح الفقرة الثانية من المادة (٥٦٦) فلتراجع .

وفي الخانية : رجل استأجر ظئراً شهراً فلما مضى الشهر أبت الظئر ان ترضعه والصبي لا يأخذ ثدي غيرها ، قال محمد رحمه الله تعالى تجبر الظئر على ان ترضعه بأجر مثلها . قيل هذا اذا لم يكن لها زوج ، او كان لها زوج واذن لها بالاجارة . فإن كان لها ولم يأذن ، كان للزوج ان يمنعها وان خيف الهلاك على الصغير اه .

وهذا اذا مضت مدة الاجارة . اما لو ارادت الفسخ قبل مضيها لعذر اذية اهل الصغير لها وما اشبه ذلك ، والمسئلة بحالها ، فليس لها الفسخ على المفتى به ، كما قدمناه في شرح المادة (٥٦٦)

وفي الخانية ايضاً : رجل استأجر ظئراً لترضع ولده سنة بمائتي درهم على ان يكون كل الاجر بمقابلة الشهر الاول ، وما بعده الى تمام السنة ترضع بغير اجر ، فأرضعت شهرين ونصفاً ، فمات الصبي ، قالوا : يقسم اجر مثلها سنة على الشهور ، فما اصاب شهرين ونصفاً من ذلك كان لها ذلك ، وترد الباقي ، لان هذه الاجارة اجارة فاسدة ، وكان لها اجر المثل لكن لا يزاد على المسمى اه .

رجل استأجر ظئراً لترضع ولده سنة بمائة درهم على انه ان مات الصغير قبل سنة فالدراهم كلها تكون للظئر ، فسدت الاجارة ، لأن موجب الشرع ان ترد اجر ما بقي من المدة بعد موت الصبي ، فإذا شرط بخلاف ذلك كان شرطاً فاسداً والاجارة تفسد بالشروط الفاسدة اه وتمام مسائل الظئر فيها .

ولو استأجر ظئراً ترضع صبيين له فمات احدهما ، فإنه يرفع عنه نصف الاجر ، وليس له اقامة صبي آخر مقام الصبي الاول (هندية)

﴿ الباب السابع ﴾

= في وظيفة الآجر والمستأجر وصلاحيتهما بعد العقد =

(ويشتمل على ثلاثة فصول)

= الفصل الاول =

﴿ في تسليم المأجور ﴾

المادة ٥٨٢ — ﴿ تسليم المأجور عبارة عن اجازة الآجر ورخصته للمستأجر بأن ينتفع به بلا مانع ﴾

يعني ان الاجارة اذا انعقدت صحيحة، فالتسليم الذي بسببه يستحق الموءجر المسمى على المستأجر هو عبارة عن تخلية الموءجر بين المستأجر والمأجور على وجه يتمكن من استيفاء المنفعة بلا حائل يمنعه منها، في جميع المدة اذا كان المعقود عليه المدة، وفي جميع المسافة اذا كان المعقود عليه المسافة . حتى لو عرض في بعض المدة او بعض المسافة ما يمنع من الانتفاع به، كما لو غصبت الدار من المستأجر او غرقت الارض المستأجرة او انقطع عنها الشرب او مرض العبد او أبق او عجزت الدابة عن المسير، سقطت الاجرة بقدر ذلك، كما في الهندية وغيرها، لأن تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع، فاذا فات التمكن فات التسليم . حتى لو حيل بين المستأجر والمأجور ولم تفت المنفعة بتلك الحيلولة، كما اذا غصبت المستحكرة للغرس والبناء مع الغرس والبناء، لا تسقط الاجرة عن المستحكر، ابقاء منفعة الغرس والبناء مع الغصب، وهي كثيرة لوقوع (افاده في رد

المحتار عن الرملي)

ثم ان تسليم مفتاح نحو الدار في المصر مع التخلية بينه وبين الدار ، تسليم للدار ، حتى تجب الاجرة بمضي المدة وان لم يسكن . وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم للدار وان حضر المصر والمفتاح في يده (كذا في الهندية عن القنية) وهو صريح انه اذا لم تكن الدار قريبة منها بحيث يقدر على الدخول فيها والاغلاق ، لا يصير قابضاً . وافره في البحر والمنح .

وقال في الدر عن وقف الاشباه : تخلية البعيد باطلة . فلو استأجر قرية وهو في المصر ، لم يصح تخليتها على الأصح اه لكن افتى قاري الهداية انه اذا مضت مدة يتمكن من الذهاب اليها والدخول فيها يكون قابضاً وان كانت الدار بعيدة عنها . وافره محشو الاشباه . قلت : وذكر في فتح القدير قبيل باب خيار الشرط من كتاب البيوع ما يفيد ان المسئلة خلافية ، حيث قال : وفي جامع شمس الايمة يصح القبض وان كان العقار غائباً عنها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، خلافاً لهما اه فما في القنية قولهما ، وما افتى به قاريء الهداية قوله . وقد سمعت ما في الدر عن الاشباه من ان قولهما هو الاصح .

وفي الهندية عن الذخيرة : آجر حانوتاً ودفع اليه المفتاح فلم يقدر المستأجر على فتحه وضل المفتاح اياماً ثم وجده ، فإن كان يمكن فتح الحانوت بهذا المفتاح ، فعليه اجر ما مضي . وان كان لا يمكن فتحه به ، لم يجب الأجر اه .

وعبارة البزازية : ان قدر على الفتح بلا مؤنة ، لزم الأجر ، والا فلا ، وليس له ان يحتج ويقول هلا كسرت الغلق ودخلت ايضاً .

وفي رد المحتار عن الذخيرة : ولو اختلفا في العجز وعدمه ولا بينة لهما ، ينظر الى المفتاح الذي دفع اليه للحال : أن لائم هذا الغلق وامكن فتحه به ، فالقول للموجر ، والا فللمستأجر . ولو برهنا ، فبينة الموجر وان كان المفتاح لا يلائم ، لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جائت البينة بخلافه . وانما تقبل اذا كان الموجر يدعي انه كان يلايم الغلق ولكن غيره المستأجر ، والمستأجر يقول لا بل لم يكن ملائماً من الأصل اه قلت : اما اذا لم يدع ذلك فلا تقبل بينته ، لأن الحس الظاهر يكذبها ، وهو ظاهر .

بقي ما لو اراد تسليم العين المؤجرة بعد مضي بعض المدة . ففي التنوير وشرحه الدر : ليس لاحدهما الامتناع من التسلم والتسليم في باقي المدة اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب فيها لأجله . فإن كان فيها وقت كذلك ، كبيوت مكة ومنى وحوانيتهما زمن الموسم ، فإنه لا يرغب فيها بعد الموسم . فلو لم يسلم في الوقت الذي يرغب لأجله خير في قبض الباقي ، كالبيع اه قال الحلبي : يعني اذا استحق بعض المبيع فإن المشتري يخير لتفرق الصفقة اه وهذا يقتضي ان يكون للمستأجر الخيار مطلقاً ، سواء كان وقتاً يرغب فيه او لا ، لتفرق الصفقة ، لأنه حيث منعه من التسليم في اول المدة ربما يكون مضطراً الى العين المؤجرة فيستأجر غيرها . فاذا لزم بها بعد مضي المدة ربما يتضرر بذلك ، فليتأمل اه (رد المحتار عن الرحمتي) قلت : وفي الهندية عن الغياثية : ولو سلم كل الدار الا بيتاً مشغولاً بمتاعه ، سقط الأجر بحصته ، وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه . فإن فرغ البيت قبل الفسخ ، لزمت الاجارة اه فتأمل .

المادة ٥٨٣ = ✻ اذا انعقدت الاجارة صحيحة على المدة او المسافة يلزم تسليم المأجور للمستأجر على ان يبقى في يده متصلاً ومستمراً الى انقضاء المدة او ختام المسافة . مثلاً لو استاجر احدٌ عربة لكذا مدة او على ان يذهب الى المحل الفلاني فله ان يستعمل العربة في ظرف تلك المدة او الى ان يصل ذلك المحل وليس لصاحبها ان يأخذها منه ولا ان يستعملها في اموره في تلك الاثناء ✻

فلو فعل سقط من المسمى بحسابه وان كان الفعل باذن المستأجر ورضائه ، لما في الخانية : رجل استأجر داراً وقبضها ثم اعارها من الآجر .

قال ابو بكر البلخي رحمه الله تعالى : لا يسقط الأجر عن المستأجر . وذكر في المنتقى ان المستأجر اذا اعار من الآجر، كان ذلك نقضاً للاجارة . وكذا اذا

استأجر داراً وبنى فيها ثم آجرها من الآجر ، كان ذلك نقضاً للاجارة الاولى . والصحيح ان الاجارة والاعارة لا تكون فسخاً ، ولكن لا يجب الأجر على المستأجر ما دام في يد الآجر اه .

وفيها: رجل استأجر دابة بعينها ليضع عليها حملاً معلوماً مسمى الى موضع كذا ، فأراد المكاري ان يضع عليها مع ذلك الحمل شيئاً من عند نفسه ، كان للمستأجر ان يمنعه . فإن وضع المكاري ذلك وبلغت الدابة الى ذلك الموضع ، كان على المستأجر جميع المسمى .

ولو اشترى داراً وقبضها ثم ان رب الدار شغل بعضها بمتاع نفسه ، سقط عن المستأجر حصة ذلك من الأجر . ولو اكترى داراً شهراً فأقام معه رب الدار فيها الى خر الشهر ، سقط عن المستأجر حصة ما كان في يد الآجر .

المادة ٥٨٤ — ﴿ لو آجر احد ملكه وكان فيه ماله لا تلزم الأجرة ما لم يسلمه فارغاً الا ان يكون قد باع المال للمستأجر ايضاً ﴾

قدمنا في شرح المادة (٤٦٠) ان اجارة المشغول بمال المؤجر ان امكن تفريغه وتسليمه بلا ضرر فاحش ، كبيت فيه امتعة المؤجر ، صحت الاجارة ويجبر على التفريغ والتسليم — والا كأرض فيها غراسه وزرعه ، فسدت ، الا اذا قلع الغراس والزرع من نفسه وسلم ، فتنقلب صحيحة . هذا هو المفتى به ، كما في الدر وحواشيه ، وتمامه هناك .

وفي هذه المادة ما يشير الى ذلك ، لأن لزوم الاجرة عند التفريغ والتسليم ، وعدمه عند عدمها ، يصدق مع انعقادها صحيحة بأن كان التفريغ ممكناً بلا ضرر فاحش ، ومع انقلابها صحيحة بالتفريغ والتسليم من نفسه .

وفي الهندية عن الغيائية : ولو كانت الدار مشغولة بمتاع الآجر او الارض مزروعة ، فالصحيح انه يصح العقد ، لكن لا يجب الأجر ما لم يسلم فارغاً ، او

ببيع ذلك منه . ولو فرغ الدار وسلم لزمت الأجارة . ولو سلم كل الدار الا بيتاً مشغولاً بمتاعه ، سقط الأجر بحصته ، وله الخيار في الباقي ، لتفرق الصفقة عليه . فإن فرغ البيت قبل الفسخ ، لزمت الاجارة اه وهذا ما اشار اليه بقوله:

المادة ٥٨٥ — ﴿ لو سلم الآجر الدار ولم يسلم حجرة وضع فيها اشياءه يسقط من بدل الاجارة مقدار حصة تلك الحجرة، والمستأجر مخيرٌ في باقي الدار وان خلّى الآجر الحجرة وسلمها قبل الفسخ ، تلزم الاجارة ، يعني لا يبقى للمستأجر حق الفسخ ﴾

— الفصل الثاني —

﴿ في تصرف العاقدين في المأجور بعد العقد ﴾

المادة ٥٨٦ — ﴿ للمستأجر ايجار المأجور لآخر قبل القبض ان كان عقاراً . وان كان منقولا فلا ﴾

اطلاق هذه المادة مقيدٌ بما سيأتي في المادة الآتية ، لان الاصل عندنا ، كما في الهندية عن المحيط ، ان المستأجر يملك الاجارة فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به اه .

والمراد بالآخر في قوله « للمستأجر ايجار المأجور لآخر » غير المؤجر . واما ايجاره من المؤجر ، فلا يصح سواء كان ذلك المؤجر مالكاً للعين اومستأجراً منه . اما اذا كان مالكاً لها ، فلأنه يلزم تمليك المالك . واما اذا كان مستأجراً منه ، فلأن المستأجر في حق المنفعة قائمٌ مقام المالك ، فيلزم تمليك المالك ايضاً (افاده في الدر وحواشيه)

وكذا لو كان المؤجر غاصباً ، ففي الخانية ، صحيفة (٣٢٩) : الغاصب اذا آجر المغصوب ثم ان المستأجر آجره من الغاصب بعد القبض واخذ الأجر من الغاصب ، كان للغاصب ان يسترد من المستأجر ما اخذ منه ، لأن اجارة الغاصب كانت منعقدة ، فاذا آجرها المستأجر من الغاصب يصير آجراً من الذي آجره ، ولا تجوز الأجارة الثانية اه .

بقي ما لو آجره المستأجر من غيره ، ثم ان الغير آجره من المالك ، قال في البزازية : كان الامام ابو علي النسفي يحكي عن استاذه ان المستأجر لو آجره من المؤجر ، لا يصح . وان آجره من غيره ثم ان الغير آجره من المؤجر ، يصح . وقال الامام الحلواني : وروي عن محمد رحمه الله تعالى ان الاجارة من المالك لا تجوز مطلقاً ، تخلل الثالث او لا ، وبه قال عامة المشايخ ، وهو الصحيح وعليه الفتوى اه .

وتفرع على فساد اجارة المستأجر من المؤجر ان الاجارة الاولى لا تنفسخ بالثانية ، لأن الثانية فاسدة والاولى صحيحة ، والفاسد لا يرفع الصحيح . ولذا قال في البزازية : ذكر الحلواني المستأجر اذا آجر المستأجر من المؤجر ، قيل تنفسخ الأولى وانه غير صحيح ، لان الثاني فاسد والفاسد لا يقدر على دفع الصحيح ، والعامة على ان الاولى لا تنفسخ ، الا انهما اذا داما على ذلك حتى تمت الاجارة ، بطلت الاولى لا لأن الثانية فاسخة للأولى ، بل لان المنافع تحدث ساعة فساعة ، وعلى حسب حدوثها يقع التسليم الى المستأجر . فاذا استأجر المالك منه ثانياً واسترد منه ، فذلك يمنعه عن تسليم المنفعة الحادثة الى المستأجر . فاذا داما الى مضي المدة على ذلك ، فقد مضت قبل التمكين من الاستيفاء ، فتنفسخ الاولى ضرورة . حتى لو اراد المستأجر الاول ان يسترده بعد مضي بعض المدة ليسكنه بقية المدة ، فله ذلك ، لأن العقد الاول انما ينفسخ في قدر المنفعة التي تلفت ، وعلى حاله فيما بقي اه وهذا كله اذا قبض المؤجر المأجور من المستأجر . اما اذا استأجر لكن لم يقبضه ، فلا يسقط شيء من الأجر لبقاء المستأجر متمكناً من الانتفاع ، وعليه يحمل قول من قال « لا يسقط عن المستأجر شيء من الأجر » كما في رد المحتار . وقدمنا نظيره في شرح المادة (٥٨٣) عن الخانية . وان الصحيح ان الاجارة من المؤجر وكذا الاعارة منه لا تكون فسخاً ، ولكن لا يجب الأجر على المستأجر ما دام المأجور في يده

الآجر . لكن رأيت في الباب العاشر في اجارة المستأجر من الهندية ما يخالف ذلك في حكم الاعارة ، فإنه نقل عن المحيط ما نصه : ولو ان المستأجر اعار المستأجر من المالك لا يسقط عنه الأجر بلا خلاف بين المشايخ اه وهو مشكل لعدم ظهور وجهه ، ولعل « لا » قبل قوله « يسقط » زيادة من الناسخ ، فلتراجع نسخة اخرى .

وعبارة البزازية ، في السابع في فسخها ، هكذا: وان لم يؤجرها اي المستأجر من الآجر ولكن اعارها ، لا تبطل الاجارة بلا خلاف بين المشايخ اه ومثله في الخلاصة

والمراد بقوله في هذه المادة «وان كان منقولاً فلا» ان اجارة المنقول قبل قبضه لا تصح ، وانما تصح بعد قبضه – بخلاف العقار ، فان اجارته صحيحة قبل القبض وبعده ، كما هو الحكم في البيع . ثم ان المستأجر لو آجر من الغير بأكثر مما استأجر ، هل تحل له الزيادة ؟ = ان آجر بخلاف جنس ما استأجر به ، حلت الزيادة . وكذا اذا آجر مع ما استأجر شيئاً من ماله ، يجوز ان تعقد عليه الاجارة ، او اصلح في المأجور شيئاً بأن جصص الدار او فعل في الارض مسناة . وكذ اكل عمل قائم ، لأن الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملاً لأمره على الصلاح ، والكنس ليس باصلاح . وان كرى النهر ، قال الخصاف: تطيب: وقال ابو علي النسفي :اصحابنا مترددون . وبرفع التراب لا تطيب وان تيسرت الزراعة . ولو استأجر بيتين صفقة واحدة وزاد في احدهما ، يؤجرهما بأكثر . ولو صفقتين فلا (رد المحتار عن الخلاصة) وفي الهندية : اذا كان المستأجر داراً فكنسها من التراب ثم آجرها بأكثر مما استأجر ، لا تطيب له الزيادة . وان آجرها بأكثر مما استاجر وقال عند الاجارة على ان اكنس الدار ، يطيب له الفضل اه وفي كل موضع لا يطيب له الفضل ، فسبيله التصدق كما هو ظاهر .

فروع

في فتاوي بن نجيم: اذا تقابل الموجر الاول والمستأجر منه فالتقابل صحيح وتنفسخ الأولى والثانية اه كذا في رد المحتار ، وتوجيهه في تنقيح الحامدية .
وفيه ايضاً: وفي التتارخانية: استاجر الوكيل بالايجار من المستاجر ، لا يجوز ، لأنه صار آجراً ومستأجراً . وقال القاضي بديع الدين: كنت افتي به ثم رجعت وافتي بالجواز

أقول : يظهر من هذا حكم متولي الوقف لو استأجر الوقف ممن آجره له وقد توقف فيه بعض الفضلاء ، وقال لم اره ، تأمل اه .

وفي الهندية : ولو استأجر ارضاً ثم دفعها الآجر مزارعة ، ان كان البذر من قبل رب الارض . لا يجوز لأن ذلك نقض للاجارة في ظاهر الرواية وان كان البذر من قبل المستأجر ، جاز ، لان الآجر في الفصل الاول يصير مستأجراً وفي الفصل الثاني يصير اجيراً . كذا في الظهيرية اه

المستأجر اذا استأجر صاحب الارض ليعمل هذه الارض بشيء معلوم ، يجوز . كذا في الخانية .

المادة ٥٨٧ — ❊ للمستأجر ايجار ما لم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر ❊

سواء كان المأجور عقاراً او منقولاً ، على التفصيل المتقدم في المادة السابقة . وسواء شرط عليه المؤجر ان يستعمله بنفسه او لم يشرط ، لما مر في المادة (٤٣٨) من ان التقييد فيما لا يختلف باختلاف المستعملين باطل .

ثم ان المستأجر الثاني لو استوفى من المأجور منفعة اضر من المنفعة المستحقة بعقد الاجارة ، كمن استأجر الدار للسكنى ، او أطلق فاستعملها حداداً او للطحن ، يكون ضامناً ان تضررت الدار . قال في الخانية : رجل استأجر من آخر فسطاطاً وقبض ، كان له ان يؤجر من غيره ، كما في الدار وللمستأجر ان يسرج فيه وليس له ان يتخذه مطبخاً . فان اتخذه مطبخاً كان ضامناً لما انتقص ، الا اذا كان الفسطاط معداً لذلك بأن كان من المسح وغيره اه والظاهر انه لو فعل ذلك باذن مؤجره بان آجر المستأجر الدار ليستعملها حداداً او طحاناً ، او الفسطاط ليستعمله مطبخاً فضمنه المالك ما تلف ، يسوغ له الرجوع بما ضمن على مؤجره ، لأنه غره في ضمن عقد صحيح — وليراجع .

وقد افادت هذه المادة ان من استأجر ما يتفاوت استعماله باختلاف الناس

كالدابة والثوب لايملك ايجاره من غيره . واما جواز اجارته او اعارته عند اطلاق المؤجر له بأن يركب من شاء ، فذاك للاطلاق من المالك . حتى لو اركبها واحداً تعين فليس له ان يؤجرها من غيره ، كما تقدم . وانظر مالو آجر ما لم يملك ايجاره اجارة صحيحة ، هل تصح اجارته ويستحق المسمى ، وهو الظاهر ، لأنه صار غاصباً واجارة الغاصب صحيحة ، لدخول المأجور في ضمانه ، او لا يصح ايجاره لانه لا يملكه فلكل من المتعاقدين فسخه ، او ينعقد موقوفاً على اجازة المالك ان اجازه نفذ والا بطل ؟ فيه تردد ، فليحرر . هكذا ينبغي تقرير هذا المحل .

المادة ٥٨٨ ـ ﴿ من استاجر شيئاً اجارة فاسدة وقبضه ثم آجره لآخر اجارة صحيحة جاز ﴾

هو الصحيح . وفي السراجية : وبه افتى ظهير الدين المرغيناني (تاترخانية)

ونقل ابن المصنف عن البزازية والعمادية والخلاصة مثله ، وعبر المصنف يعني صاحب التنوير ، في متفرقات الاجارة عن مقابله بقيل . وقال في البزازية : يجوز في الصحيح ، وقيل لا ، استدلالاً بما لو دفع اليه داراً ليسكنها ويرمها ولا أجر عليه ثم آجر المستأجر من غيره وانهدمت من سكنى الثاني ، ضمن اتفاقاً ، لانه صار غاصباً . واجابوا بأن العقد فيه اعارة لا اجارة لأنه ذكر المرمة على سبيل المشورة لا الشرط اه (كذا في رد المحتار)

ثم اذا جازت الاجارة ، قال في الدر وحواشيه : يجب اجر المثل على المستاجر الاول ، لأنه يعد مستعملا ولا يكون بفعل ما ليس له فعله غاصباً ، حتى لا تجب عليه الاجرة . قال الطحطاوي : واما المستأجر الثاني اذا سمى بينهما أجر هل يجب عليه المسمى نظراً للتسمية ، وهو الظاهر ، او اجر المثل لترتبها على فاسد ـ يحرر اه

اقول : نقلنا عن الخانية في شرح المادة (٤٨١) ما نصه : رجل دفع داره الى رجل ليسكن ويرمها ولا اجر له فيها فآجرها هذا الرجل من غيره وانهدمت الدار من سكنى الثاني ، ضمن الثاني نقصان ما انهدم ، ويكون الثاني بمنزلة الغاصب .

ولو كانت الاجارة الثانية جائزة ، ما كان بمنزلة الغاصب . وقال بعضهم: المستاجر اجارة فاسدة لايملك الاجارة الصحيحة ، ولكن لو آجرها يستحق الأجر المسمى ، كالغاصب . وقال بعضهم: المستأجر اجارة فاسدة يملك ان يؤجرها من غيره اجارة جائزة بعد القبض ، بمنزلة المشتري شراء فاسداً ، يملك ان يبيع من غيره بيعاً جائزاً ، الا ان الآجر الأول يملك نقض الاجارة الثانية ، والبايع فاسداً لا يملك نقض بيع المشتري ، لأن الاجارة تفسخ بالاعذار ، ولا كذلك البيع . وانما لا يملك الاجارة في مسئلة المرمة ، لأن ثم ذكر المرمة على وجه المشورة لا على وجه الشرط ، فكانت اعارة ، والمستعير لا يملك الاجارة اه ومثله في الفصل (٣٠) من جامع الفصولين ، نقلاً عن الأصل :

فقد تحرر من هذا انه لا تردد اصلاً في وجوب المسمى على المستأجر الثاني ، لأنه اذا وجب عليه المسمى مع كون المستأجر فاسداً لا يملك اجارته صحيحاً ، فوجوبه مع كونه يملك ذلك ، من باب اولى . وقد ذكرنا هذه المسئلة في شرح المادة (٤٦١) وقلنا ينبغي ان لا يتوقف في وجوب المسمى ، اذ كيف تكون الاجارة صحيحة ويجب فيها أجر المثل ، فتدبر اه فقد وافق ما قلناه هناك ، ما سمعت نقله عن الخانية ، والحمد لله .

المادة ٥٨٩ = ❊ لو آجر احد ماله على مدة معلومة لآخر باجارة لازمة ثم آجره ايضاً تلك المدة تكراراً لغيره لا تنعقد الاجارة الثانية ولا تعتبر ❊

اي لا تنفذ بل تتوقف على اجازة المستأجر الاول وان كانت الاجارة الأولى المضافة الى المستقبل ، لما تقدم في المادة (٤٤٠) من ان الاجارة المضافة صحيحة تلزم قبل حلول وقتها .

والتقييد بقوله «باجارة لازمة» للاحتراز عما لو كانت فاسدة او فيها خيار شرط للمؤجر فآجر من آخر قبل انتهاء مدة الخيار ، فإن الاجارة الثانية تصح

ويكون ذلك فسخاً للأولى .

وبقوله « تلك المدة » للاحتراز عما اذا آجر المأجور من آخر مدة اخرى غير المعقود عليها اي بعدها ، فانها تصح لازمة وان كانت مضافه كما تقدم .

وبقوله « لغيره » للاحتراز عما لو آجر من نفس المستأجر ، فإن اجارته مع تبديل البدل او تزيده او تنزيله ، يجوز ويعتبر العقد الثاني ، كما تقدم في المادة (٤٣٩) وانظر ما كتبناه في شرح تلك المادة ، فإن فيه فوائد .

المادة ٥٩٠ = ❋ لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البايع والمشتري وان لم يكن نافذاً بحق المستأجر ❋

لأن كون المأجور ملكاً للآجر يقتضي نفاذ البيع ، وكونه تعلق به حق المستأجر يمنع نفاذه ، فقدم المانع على المقتضي في حق المستأجر ، فلم ينفذ في حقه ، لما تقدم في المادة (٤٦) من انه اذا اجتمع المقتضي والمانع قدم المانع ، وبقي المقتضي على عمله في حق البايع والمشتري لعدم المانع من جهتها ، فكان البيع نافذاً في حقها .

ومعنى نفاذه في حق المشتري انه لا يملك الفسخ لو اجاز المستأجر البيع او انقضت مدة الاجارة ، وهذا لا ينافي ان له خيار الفسخ قبل احد الأمرين ، لعدم امكان تسليمه المبيع لأنه عند عدم امكان التسليم تعارض مع المقتضي مانع آخر ، وهو عدم امكان التسليم ، فقدم على المقتضي . والى هذا اشار بقوله :

❋ حتى انه بعد انقضاء مدة الاجارة يلزم البيع في حق المشتري وليس له الامتناع عن الاشتراء الا ان يطلب المشترى تسليم المبيع من البايع قبل انقضاء مدة الأجارة ويفسخ القاضي البيع لعدم امكان تسليمه وان اجاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حق كل منهم

ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل اليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الأجارة الذي كان اعطاه نقداً . ولو سلم المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك سقط حق حبسه *

وهكذا عبارة الهندية عن شرح الطحطاوي ، فأنه قال : ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة ، فان البيع جاز فيما بين البايع والمشتري ، حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازماً للمشتري ، وليس له ان يمتنع من الاخذ الا اذا طالب المشتري البايع بالتسليم قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه ذلك وفسخ القاضي العقد بينهما ، فانه لا يعود جائزاً بمضي المدة اه .

ويظهر من هذا ان المشتري وان كان له الخيار قبل مضي المدة او اجازة المستأجر ، الا ان انفساخ العقد بفسخه متوقف على الرضى او قضاء القاضي ، حتى لو قال فسخت العقد ولم يرض البايع ثم مضت المدة ، ينفذ البيع عليه و يلزم ، لعدم انفساخ العقد ، لكن يشكل عليه ان خيار الفسخ الثابت للمشتري انما هو لظهور المبيع مأجوراً ، وهو عيب يثبت به الخيار . صرح بهذا في البزازية . وقد تقرر ان المشتري ينفرد بالرد بخيار العيب اذا كان قبل القبض ، لا بعده . ففي مسئلتنا اذا كان المأجور في يد المستأجر ولم يقبضه المشتري ، كيف يتوقف الانفساخ فيه على القضاء او الرضى ؟ فليتأمل .

وفي رد المحتار : وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ . واما المشتري ، فله خيار الفسخ وان علم وقت البيع بالاجارة او الرهن وهذا قولهما ، وهو الصحيح وعليه الفتوى ، خلافاً لأبي يوسف اه — اي لكن يتوقف انفساخ العقد بفسخه على الرضي او القضا ، كما علمت .

ثم ان قوله « ولو سلم المستأجر المأجور الخ » ، ظاهرٌ في ان سقوط حق حبس المأجور فيما اذا كان بيد المستأجر فسلمه . اما اذا لم يكن في يده بأن استأجر وبقي المأجور في يد الآجر فباعه من آخر ، فقد ذكره في جامع الفصولين ، كما تقدم نقله في شرح المادة (٣٦٨) فقال : البيع بلا اذن المستأجر نفذ في حق البايع والمشتري ، لا في حق المستأجر فلو سقط حق المستأجر ، عمل ذلك البيع ولا حاجة

الى التجديد ، وهو الصحيح . ولو اجازه المستأجر نفذ في حق الكل ، ولا ينزع من يده حتى يصل اليه ماله ، اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الاجارة ، لا للانتزاع من يده .

وعن بعضنا انه لو باع وسلم وأجازها المستأجر ، بطل حق حبسه . ولو اجاز البيع دون التسليم ، لا يبطل حق حبسه اه .

وعبارة البزازية وفي السابع في فسخها : ولو لم يكن المأجور مقبوضاً حتى مات المؤجر ، لا يكون المستأجر احق به من سائر الغرماء .

وعن بعضهم : باع المستأجَر الآجرُ بغير رضاء المستأجر وسلم ثم اجاز المستأجر البيع والتسليم ، بطل حقه في الحبس . ولو اجاز العقد ، لا يبطل حقه في الحبس . فإن قال المستأجر لا اجيز ثم قال اجيز ، يجوز .

ثم اذا حبس المستأجر المأجور لقبض ما عجله من الأجرة وكان المأجور مما يحتمل الهلاك فهلك عند المستأجر بعد الحبس ، لا يسقط الدين ، بخلاف الرهن ، كما في الخانية — اي لأنه بالحبس لم يخرج عن كونه امانة في يده . تأمل . وقدمنا في شرح المادة (٣٦٨) عن جامع الفصولين انه لو باع المؤجر المستأجر من آخر ورضي المشتري ان لا يفسخ الشراء الى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البايع ، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ، ولا للبايع مطالبة المشتري بالثمن ، ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم اه .

وفي الخلاصة : لو باع الآجر المستأجَر باذن المستأجر حتى انفسخت الاجارة ، ثم ان المشتري رد المستأجر على الآجر بعيب ، ان لم يكن بطريق الفسخ ، لا تعود الاجارة ولا يشكل . وان كان الرد بطريق الفسخ ، هل تعود الاجارة ؟ — افتى بعضهم انها لا تعود ، وافتى شيخ الاسلام عبد الرشيد بن الحسين انها تعود ، وقاسها بمصير الرهن اذا تخمر بطل حكم الرهن ، ثم اذا تخلل عاد رهناً . قال : وبه يفتى ، وتمامه قد ذكرناه في خزانة الواقعات اه مختصراً .

وفي البزازية : ادى المشتري بلا اذن الآجر مال الاجارة الى المستأجر ليسلم له المشتري ، افتى جلال الدين : ان كان المؤجر حاضراً ، فهو متبرع لا يرجع به على الآجر . وان كان غائباً ، لا . وغيره افتى بأنه متبرع مطلقاً اه والتصر في

الخلاصة على الثاني .

وفي الخلاصة : هذا اذا باع المستأجر من غير المستأجر . اما اذا باع من المستأجر ، تنفسخ الاجارة . ولو باع البعض ، تنفسخ بقدره اه وفيها : اذا باع الآجر المستأجر من رجل بغير اذن المستأجر ثم باعه من المستأجر ، جاز البيع من المستأجر ، وهو نقض للبيع الأول .

وفي البزازية : بيع الراهن الرهن بعد قبض المرتهن باطل ، الا ان يجيز المرتهن . فان لم يجز حتى باع من آخر واجاز المرتهنُ الثانيَ ، جاز الثاني . وفي الاجارة لا يجوز البيع بلا اذن المستأجر . فلو اجاز الثاني ، جاز الأول ، لأنه لما ابطل حقه وجد الأول نفاذاً ، فنفذ بلا مزاحم — بخلاف الرهن لتعلق حق المرتهن بالبدل اه وتمامه فيها . وفي نسختي من الخلاصة ما يخالف هذا ، ولعل فيها تحريفاً .

- الفصل الثالث -

﴿ في بيان مواد تتعلق برد المأجور واعادته ﴾

المادة ٥٩١ — ﴿ يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الاجارة ﴾

بمضي المدة اذا كان المعقود عليه المدة ، او بقضاء المسافة اذا كان المعقود عليه المسافة .

ويستثنى من هذا الحكم ما اذا كان المأجور ارضاً للزراعة ، وقد انقضت المدة والزرع بقل ، فإن للمستأجر استبقاءها بأجر المثل ، ولا تنزع الارض من يده حتى يستحصد الزرع ، كما تقدم في المادة (٥٢٦)

وكذا ارض الوقف المحتكرة للبناء والغرس اذا انقضت مدة اجارتها ،

فإن للمستاجر استبقاءها بأجر المثل حيث لا ضرر في ذلك على الوقف ، كما حققناه في شرح المادة (٤٤١)

وكذا لو كان المأجور زورقاً وانقضت المدة في اثناء البحر ، فإن للمستأجر استبقاء الزورق الى ان يصل الى الساحل ، كما تقدم في المادة (٤٨٠) ومثله الدابة اذا انقضت مدة اجارتها في مفازة لا يجد فيها المستأجر دابة ، او استأجر من آخر زقاقاً وجعل فيها خلاً ثم مضت مدة اجارتها في الصحراء ، فإنه يجعل بأجر مثله الى موضع يجد فيه زقاقاً غيرها ، كما قدمناه في شرح تلك المادة . ولا ينزع المأجور من يد المستأجر في جميع هذه المسايل : قالوا : لأن الاجارة كما تفسخ بالاعذار ، تبقى بالاعذار .

المادة ٥٩٢ — ﴿ ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الاجارة ﴾

الا باذن صاحبه . فلو فعل ، كان غاصباً ، فيضمن قيمته اذا هلك ، كما تقدم ويأتي . ولا اجر عليه ، لانه استعمله بدون عقد فلا يلزمه الأجر ، الا اذا كان وقفاً او مال يتيم او معداً للاستغلال .

وكذا لو تقاضاه المالك بالاجرة عن المدة الثانية فسكت ، تلزمه الاجرة ، لأن سكوته رضاء كما تقدم في المادة (٤٣٨)

قيد باستعمال المأجور ، لأن حبسه لاجل الحفظ بدون استعمال لا يكون تعدياً ، الا اذا منعه من المالك بعد الطلب ، لأن المأجور امانة كالوديعة في يده ، كما سيأتي في المادة (٦٠٦)

المادة ٥٩٣ = ﴿ لو انقضت الاجارة واراد الآجر قبض ماله ، يلزم المستأجر تسليمه اياه ﴾

وان امتنع عن تسليمه بعد الطلب وهلك المأجور في يده ، ضمن قيمته ، لتعديه بالامساك . والحاصل ، كما في العمادية ، ان العين امانة في يد المستأجر ، فلاتصير مضمونة الا بالاستعمال او بالمنع بعد الطلب ، كالوديعة — بخلاف المستعير اذا امسك الثوب المستعار بعد مضي المدة حيث يضمن ، لأن هناك وجد الطلب من حيث الحكم وقد وجب الرد عليه بعدمضي المدة . اما في الاجارة ، فلم يوجد الطلب ، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم ، فلم يوجد الاستعمال ولا المنع ، فلا يجب الضمان (كذا في تنقيح الحامدية من الأجارة)

المادة ٥٩٤ — ❊ لا يلزم المستأجر رد المأجور واعادته ويلزم الآجر ان يأخذه عند انقضاء الأجارة . مثلا لو بانقضت اجارة دار يلزم صاحبها الذهاب اليها وتسلمها . كذلك لو استؤجرت دابة الى المحل الفلاني يلزم صاحبها ان يوجد هناك ويتسلمها . وان ما وجد هناك ولا تسلمها وتلفت في يد المستأجر بدون تعديه وتقصيره لا يضمن . والوكيل كالاصيل . اما اذا استأجر شخص دابة من محل معين على ان يذهب ويعود لزم على المستأجر ان يرجع الدابة الى المحل المذكور واذا لم يرجعها بل اخذها وامسكها في داره فهلكت ضمن قيمتها ❊

قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل : وليس على المستأجر رد ما استأجر على المالك . وعلى الذي آجر ان يقبض من منزل المستأجر . وليس هذا كالعارية (كذا في الذخيرة)

استأجر دابةً ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت ، فليس عليه تسليمها الى صاحبها . وعلى الذي آجرها ان يقبض من منزل المستأجر . حتى

لو امسكها اياماً فهلكت في يده ، لم يضمن ، سواء طلب منه المؤجر او لم يطلب ، لأنه لا يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب . فإن لم يكن متعدياً في الامساك ، فلا يضمن . فأن كان استأجرها من موضع مسمى في المصر ذاهباً وجائياً ، فإن على المستأجر ان يأتي بها ذلك الموضع الذي قبضها فيه ، لا لأن الرد واجب عليه ، بل لأجل المسافة التي تناولها العقد ، لأن عقد الأجارة لا لنتهي الا بالرد الى ذلك الموضع . فإن حملها الى منزله فامسكها حتى عطبت ، ضمن قيمتها ، لأنه تعدى في حملها الى غير موضع العقد . فان قال المستأجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلي ، فليس على المستأجر ردها الى منزل المؤجر ، لأنه لما عاد الى منزله فقد انقضت مدة الاجارة ، فبقيت امانة . كذا في البدايع .
فلو ان المستأجر ساق الدابة ليردها على المؤجر في منزله مع انه ليس عليه الرد وهلكت في الطريق ، لا ضمان عليه . ولو ذهب المالك الى بلد آخر وذهب هذا الرجل بالدابة ليردها على المالك فهلكت في الطريق ، كان عليه الضمان ، فيصير بالاخراج من البلدة غاصباً (كذا في المحيط)

وفي المنتقى : استأجر دابة ، ردها الى منزل المؤجر وادخلها مربطها وربطها او اغلق عليها ، فلا ضمان اذا هلكت او ضاعت . كل شيء يفعل بها صاحبها اذا ردت عليه ، فاذا فعله المستأجر يبرأ . ولو ادخلها دار صاحبها او ادخلها مربطها ولم يربطها ولم يغلق عليها ، فهو ضامن اذا هلكت او ضاعت اه (الكل من الهندية في الباب الثالث عشر ، وتمامه فيها)

المادة ٥٩٥ — ❁ ان احتاج رد المأجور واعادته الى الحمل والمؤنة فاجرة نقلته على الآجر ❁

بخلاف رد المستعار ، فان مؤنة رده على المستعير ، كما تقدم عن الذخيرة . وهذا اذا كان الرد داخل المصر . فان اخرجها من المصر لبردها ، فان كان الاخراج بأذن المالك ، فالحكم كذلك — اي ان مؤنة رد المأجور على المؤجر ،

والمستعار على المستعير . وان كان بغير اذنه ، فمؤنة الرد على الذي اخرجه ، مستعيراً كان او مستأجراً (افاده في الهندية عن المحيط ، ومثله في الخلاصة)

وفي الهندية: الرد في الأجير المشترك نحو القصار والصباغ والنساج على الاجير ، لأن الرد نقض القبض ، فانما يجب على من كانت منفعة القبض له . ومنفعة القبض في هذه المواضع للأجير ، لأن للاجير عيناً ، وهو الأجرة ، ولرب الثوب المنفعة ، والعين خير من المنفعة ، فكان الرد عليه — بخلاف ما لو اجر عبداً او دابة وفرغ المستأجر فانه يجب الرد على المالك ، لان ثمنه لمستأجر منفعة وللآجر عيناً (كذا في الذخيرة)

﴿ الباب الثامن ﴾

— في بيان الضمانات — ويحتوي على ثلاثة فصول —

— الفصل الاول —

﴿ في ضمان المنفعة ﴾

المادة ٥٩٦ — ﴿ لو استعمل احد مالا بدون اذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب لا يلزمه ضمان منافعه ﴾

لأن منافع الغصب غير مضمونة عندنا ، الا ان ينقص باستعماله فيلزم النقصان . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يضمنها الغاصب فيجب أجر المثل ، لأن المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود ، فكذا بالغصوب . ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها .

ولنا انها ، اي المنافع ، حصلت على ملك الغاصب ، لحدوثها في امكانه ، اذ هي

لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى زمانين ، فيملكها دفعاً لحاجته ، والانسان لا يضمن ملكه - وكيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لأنه لا بقاء لها ·

ولا نسلم انها ، اى المنافع ، متقومة في ذاتها ، بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد عليها · الا ان ما انقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين (هداية) ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب ، لا يخلو : اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع ، او بغيرها من الاعيان ، كالدراهم والدنانير · ولا يجوز ان تكون مضمونة بالامثال ، وهي المنافع ، لأنه لا قائل بذلك · ولا يجوز ان تكون مضمونة بالاعيان ، لعدم المماثلة ، والمماثلة شرط في ضمان العدوان ، لقوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ كذا في الفتح ·

﴿ ولكن اذا كان المال مال وقف او مال صغير فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة اي اجر المثل بكل حال · وان كان معداً للاستغلال يلزمه ضمان المنفعة اي اجر المثل اذا لم يكن بتأويل ملك او عقد · مثلا لو سكن احد في دار آخر مدة بدون عقد اجارة لا تلزمه الأجرة لكن ان كانت تلك الدار وقفاً او مال صغير فعلى كل حال يعني ان كان ثمة تأويل ملك او عقد او لم يكن يلزم اجر مثل المدة التي سكنها · وكذلك اذا كانت دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك او عقد يلزم اجر المثل · وكذا لو استعمل احد دابة الكراء بدون اذن صاحبها يلزم اجر المثل ﴾

ملخص ما ذكره في الدر وحواشيه وغيرها من الشروح والفتاوي ، ان منافع مال الوقف او مال اليتيم مضمونة على الغاصب سواء استعملها او عطلها ، وسواء كان مال الوقف موقوفاً للسكنى او للاستغلال اولا ولا كمسجد او مدرسة او زاوية اغتصبها انسان واستغلها ، وسواء كان استعمال مال الوقف او اليتيم بتأويل

ملك او عقد اولا ولا ، فانه في جميع هذه الاحوال يلزم الغاصب اجر المثل بالغًا ما بلغ ، على ما اختاره المتأخرون من اهل المذهب ، وعليه الفتوى ، صيانةً لمال الوقف واليتيم عن الضياع ٠

ومثل مال الوقف ومال اليتيم المعد للاستغلال سواء كان عقاراً او منقولاً ، لا لاجل صيانته ، بل لان استعماله حال كونه معداً للاستغلال يحمل على الاجارة ، بمعنى انه سكنه ملتزماً للاجر ٠

ولهذا شرطوا لوجوب الاجر فيه اربعة شروط : الاول ان لا يستعمله بتأويل ملك ، كبيت معد للاستغلال سكنه احد الشركاء فيه ، وكحانوت ورثه من ابيه ثم استحقه آخر ٠

الثاني ان لا يستعمله بتأويل عقد ينبي عن عدم التزامه الأجرة ، كبيت الرهن المعد للاجارة اذا سكنه المرتهن ثم بان للغير ، وكحانوت اشتراه واستعمله مدة ثم استحقه آخر ٠ والظاهر ان من هذا ما اذا اشترى دابة معدة للكراء واستعملها مدة ثم ردها بخيار عيب ظهر له بعد ذلك ٠

الثالث : ان يكون للمستعمل علم بكونه معداً للاستغلال ، حتى لو اختلفا في العلم وعدمه فالقول للمستعمل بيمينه لانه منكر ٠ والآخر مدع ، الا اذا كان اعداده للاستغلال ظاهراً مشهوراً كالخان والحمام ، فلا يصدق ، والاجر واجب عليه ٠

الرابع : ان لا يكون المستعمل مشهوراً بالغصب ٠

فلو فقد شرط من هذه الشروط الاربعة ، لا يلزم المستعمل اجر ، لظهور انه باستعماله لم يكن ملتزماً للاجر ٠

وهذا كله اذا لم يطالبه المالك بالاجر ، والا فيجب ولو لم يكن معداً للاستغلال ٠ ولذا قالوا جميعاً : المغصوب منه اذا اشهد على الغاصب انه ان رددت الي داري والا اخذت منك كل شهر الف درهم ، فالاشهاد صحيح ٠ فلو اقام فيها الغاصب بعده يلزمه الاجر المسمى ، لانه بسكناه يكون راضياً بالاجر ، لما تقرر ان السكوت في الاجارة رضى ٠ وهنا تلزم مراجعة المادة (٤٣٨) وما كتبناه في شرحها والمادة (٤٧٢) وشرحها ٠ وهذا الذي كتبناه ملخص ما في الدر وحواشيه ٠

﴿ تنبيهات ﴾

الأول : ان قول محمد بتحقق الغصب في العقار هو المفتى به في الوقف ، كما في الدر عن فتاوي ظهير الدين . وكذا في مال اليتيم والمعد للاستغلال ، كما في حاشية رد المحتار عن حاشية الاشباه ، حيث قال : قال الكمال : الفتوى على ضمان العقار في ثلاثة اشياء الخ . وعليه فلو هلك عقار احد الثلاثة لا بفعل الغاصب كسكناه ، بل بآفة سماوية كغلبة سيل او زلزال ، يجب ضمانه . ومتى قضى عليه بقيمة تؤخذ منه فيشتري بها ضيعة اخرى تكون على سبيل الوقف الأول ، كما نقله ايضاً في رد المحتار عن الولوالجية ،فتبين بهذا ان ذوات هذه الثلاثة مضمونة بالغصب ، كمنافعها .

الثاني : كون المغصوب معداً للاستغلال انما يثبت اذا اشتراه صاحبه لذلك ، او بناه لذلك ، او آجره ثلاث سنين متواليات . ولا يثبت باعداد البايع لذلك بالنسبة الى المشتري ، بل لا بد ان يكون المشتري اشتراه لذلك وأخبر الناس ، او يؤجره بعد الشراء ثلاث سنين متواليات .

ولو بنى لنفسه لا للاستغلال ثم اراد ان يعده ، فإن قال بلسانه ويخبر الناس ، صار بذلك معداً للأستغلال ، كما في الدر وحواشيه .

وفي رد المحتار عن الذخيرة : ان الأرض تصير معدة للمزارعة بأن كان في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض الغير وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه فلصاحبها مطالبة الزارع بالمتعارف اه .

الثالث : عقار الوقف اذا سكنه احد الموقوفين عليهم بالغلبة ، يلزمه اجرة المثل ، ولا يكون مثل الشريك في الملك . وقيد نا سكناه بالغلبة احترازاً عما لو سكن بعضهم ولم يجد الآخر موضعاً يكفيه ، فليس له اجرة ولا له ان يقول انا استعمله بقدر ما استعمله ، لأن المهايأة انما تكون بعد الخصومة (كذا في الدر وحواشيه من كتاب الوقف وكتاب الغصب)

وهذا في الموقوف للسكنى ، واما الموقوف للأستغلال ، فعلى الساكن الأجر كيفما كان ، لأن الموقوف عليه الغلة لا يملك السكنى .

الرابع : لو آجر الغاصب عقار الوقف او اليتيم او المعد للاستغلال وجب له على المستأجر المسمى ، ووجب عليه لجهة الوقف واليتيم والمالك اجر المثل ان كان ما قبضه من المستأجر اجر المثل او دونه . فلو كان اكثر يرد الزايد ايضاً ، لعدم طيبه له ، كما حرره الحموي واقره ابو السعود (كذا في رد المحتار)

الخامس : اذا طرأ بالغصب نقصان على قيمة مال الوقف او اليتيم ، يغرم الغاصب الازيد من نقصان القيمة وأجر المثل . قال في الانقروية ، نقلا عن احكام الصغار : لو غصب انسان دار وقف او صبي ، يجب اجر المثل على ما عليه الفتوى بالغاً ما بلغ . الا اذا انتقص المنزل بسكنى المستأجر وكان ضمان النقصان انفع لليتيم والوقف ، او نقصتها الزراعة وكان ضمان النقصان انفع ، فحينئذ يجب ضمان النقصان . فالحاصل انه ينظر الى نقصانه والى أجر المثل ، فأيهما كان اكثر يجب ذلك للوقف والصغير اه .

وذكر في هامشها ان طريق معرفة نقصان الأرض ان ينظر بكم تشترى هذه الأرض قبل الزراعة وبكم تشترى بعدها ، فمقدار التفاوت نقصان الأرض . قال شمس الائمة السرخسي : هذا القول اقرب الى الصواب ، ومقابله ان ينظر بكم يؤجر قبل الزراعة وبعدها ، فمقدار التفاوت نقصان الأرض اه .

المادة ٥٩٧ — ❁ لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال . مثلاً لو تصرف مدة احد الشركاء في المال بدون اذن شريكه مستقلا فليس للشريك الآخر اخذ اجرة حصته لأنه استعمله على انه ملكه ❁

لأن الدار المشتركة في حق السكنى وما كان من توابعها تجعل كالمملوكة لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال ، اذ لو لم تجعل كذلك منع كل واحد من الدخول والقعود ووضع الأمتعة ، فتتعطل عليه منافع ملكه ، وانه لا يجوز .

واذا جعلناها هكذا صار الحاضر ساكناً في ملكه نفسه ، فكيف يجب عليه الأجر
(حموي عن العادية)

المادة ٥٩٨ - ✻ لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد وان كان معداً للاستغلال . مثلاً لو باع احد لآخر حانوتاً ملكه مشتركاً بدون اذن شريكه وتصرف فيه المشتري مدة . ثم لم يجز البيع الشريك وضبط حصته ليس له ان يطالب بأجرة حصته وان كان معدّاً للاستغلال لأن المشتري استعمله بتأويل العقد يعني حيث انه تصرف فيه بعقد البيع لا يلزم ضمان المنفعة . كذلك لو باع احد لآخر رحى على انها ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشتري لو ظهر لها مستحق واخذها من المشتري بعد الاثبات والحكم ليس له ان يأخذ اجرة لتصرفه في المدة المذكورة لأن في هذا ايضاً تأويل عقد ✻

ومنه بيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم بان للغير معداً للاجارة ، فلاشيء عليه (كذا في الدر) اي لانه لم يسكنها ملتزماً للاجر ، كما لو رهنها المالك فسكنها المرتهن (قنية) اقول : بل الاجر على الراهن ، لأنه غاصب ، فتأمله (بيري — كذا في رد المحتار)

المادة ٥٩٩ — ✻ لو استخدم احد صغيراً بدون اذن وليه فاذا بلغ الصغير يأخذ اجر مثل خدمته عن تلك المدة . ولو توفي الصغير فلورثته ان يأخذوا اجر المثل عن تلك المدة من ذلك الرجل ✻

وكذا لو مات المستخدم فللصغير بعد بلوغه الرجوع في تركته بأجرة المثل ، كما في الخيرية ٠

وظاهر قوله « بدون اذن وليه » انه لو كان الاستخدام باذن ولي الصغير، لا يستحق الصغير الأجر ، وليحرر ٠

ونقل في رد المحتار عن البزازية ، ما نصه : يتيم لا اب له ولا ام استعمله اقرباؤه مدة في اعمال شتى بلا اذن الحاكم وبلا اجارة ، له طلب اجر المثل بعد البلوغ ان كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي اجر المثل اه ومثله في الخيرية عن القنية ٠ ثم قال : وقد تقرر انه ليس لغير الاب والجد والوصي استعمال الصغير بلا عوض اه تأمل ٠

— الفصل الثاني —

﴿ في ضمان المستأجر ﴾

المادة ٦٠٠ = ﴿ المأجور امانة في يد المستأجر ان كان عقد الاجارة صحيحاً او لم يكن ﴾

-اي صحيحاً — اعم من ان يكون فاسداً او باطلاً ، كما في حواشي الدر وغيرها ٠

المادة ٦٠١ = ﴿ لا يلزم الضمان اذا تلف المأجور في يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره او تعديه او مخالفته لمأذونيته ﴾

لما تقدم من انه امانة في يده ، فلا يضمن وان شرط عليه الضمان ، لأن شرط الضمان في الامانات باطل ، كما في الاشباه وغيرها ٠

ثم ان توضيح ما كان هلاكه بسبب التقصير او التعدي او المخالفة مذكور في المواد الآتية ٠

المادة ٦٠٢ * يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور او طرأ على قيمته نقصان بتعديه . مثلا لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف وشدة فهلكت لزمه ضمان قيمتها *

اطلاق هذه المادة يقتضي ان ضرب المستأجر دابة الكراء تعدٍ عليها موجبٌ لضمانها اذا تلفت بسببه ، او ضمان نقصانها ان تعيبت ، سواء كان الضرب في المحل المعتاد او لا ، وسواء كان مأذونًا فيه صريحًا او لا ، لأن الضرب وان كان مأذونًا صريحًا او دلالةً بحكم العرف ، لكن الاذن بالضرب مقيّد بشرط السلامة لان السوق يكون بدونه ، فيتقيد بوصف السلامة ، كالمرور في الطريق ورمي الصيد ، فيكون ضامنًا كيفما كان عند ابي حنيفة ، خلافًا لهما . هذا ما يقتضيه اطلاق عامة المتون ، خلافًا لما نقله في الهندية عن اسماعيل الزاهد ، كما قدمناه في شرح المادة (٥٥٧)

ثم ان ما اقتضاه هذا الاطلاق معارضٌ بمفهوم المادة المذكورة ، فليتأمل .

واعلم ان تقييد كون السوق بعنف وشدة يفيد انه لو لم يكن كذلك فلا ضمان ، اذ لا تعدي حينئذ . ولذا ذكر في الهندية عن الظهيرية : رجلٌ استأجر حماراً لينقل عليه الشوك فذهب في سكة فيها نهر جارٍ فبلغ موضعاً ضيقاً فضرب الحمار فوقع في النهر مع الحمل واشتغل المستأجر بقطع الحبل فهلك الحمار ، قالوا : ان كان الموضع ضيقاً لا تسير فيه الحمر وعليها احمالها ، كان ضامناً . وان كان موضعًا تسير فيه الحمر وعليها احمالها وتتجاوز ، فإن عنف عليه المستأجر حتى وثب الحمار من ضربه ، كان ضامناً . وان وقع لا من ضربه وتعنيفه ، لا يضمن اهـ.

وفيها عن الذخيرة : استأجر حماراً لينقل عليه الحطب من الكرم وكان ينقل عليه الحطب ويوقره كما يوقر مثله فصدم الحمار على حائط ووقع في النهر وهلك ، ان لم يعنف عليه في السوق بل ساق مثل ما يسوق الناس مثل ذلك الحمار في ذلك الطريق ، فلا ضمان . وان كان بخلافه ، فهو ضامن اهـ ولو حمل عليه الحطب الى المصر فصدم الحمار حائطًا فوقع في النهر فعطب ، فإن كان يمر وقر الحطب سالمًا

غالباً لم يضمن . وان كان يعلم انه قلما يسلم ، ضمن وكذا اذا ساقه على قنطرة ضيقة اه .

المادة ٦٠٣ — ❋ حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسارة الذي يتولد منها . مثلا لو استعمل الالبسة التي استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن . كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستأجر النار ازيد من العادة وسائر الناس يضمن ❋

يعني ان تعدي المستأجر على المأجور كما يكون مباشرة كما في ضرب دابة الكراء وسوقها العنيف ، يكون تسبباً كلبس ثوب الكراء على خلاف عادة الناس . فإن اللبس هو المنفعة التي ملكها بالعقد ، لكن كونه على خلاف المعتاد ، تسبب عنه البلاء والتلف ، فكان تعدياً — وكاشعال المستأجر النار في الدار المأجورة ، فإنه انتفاع بظاهر الدار ، وهو يملك منافعها بالعقد ، لكن كونه تجاوز ما يصنعه الناس ، تسبب عنه الهلاك ، فكان تعدياً .

والتجاوز ان يصنع ما لا يصنعه من ترك الاحتياط في وضع التنور ، ومن ايقاد نار لا يوقد مثلها في التنور او الكانون (ط)

ومن ذلك ما في الهندية : ولو استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب اكثر مما كان عليه حين استأجرها ، فان لبس من ذلك ما يلبس الناس اذا ركبوا ، لم يضمن . فإن كان اكثر من ذلك ، ضمن بقدر ما زاد اه .

وفيها عن الظهيرية : رجل استأجر دابة ليذهب بها الى موضع معلوم فاخبر ان في الطريق لصوصاً فلم يلتفت الى ذلك فذهب فأخذه اللصوص وذهبوا بالدابة ، قال الفقيه ابو بكر : ان كان الناس يسلكون هذا الطريق مع هذا الخبر بدوابهم واموالهم ، فلا ضمان ، والا فهو ضامن اه .

وفي البزازية: استأجر قباناً ليزن به الحمل وكان في عموده عيب ولم يعلم به المستأجر فوزن به وانكسر، ان كان يوزن مثل ذلك الحمل بمثل ذلك القبان بذلك العيب، لا يضمن، والا يضمن — وهذا اذا لم يعلم الآجر المستأجر بذلك العيب. اما اذا اعلمه، فقد اذن له بأن يوزن به القدر الذي يوزن فيه بدون ذلك العيب. فاذا وزن ذلك القدر، لا يجب الضمان اه.

وفي الانقروية: ملأ سفينة من امتعة الناس وشدها في الشط ليلا وظهر فيها ثقب وامتلأت ماء وغرقت وهلك الامتعة، لا يضمن ان كانت تترك هذه عادة. ولو قال مالك الامتعة للملاح شد السفينة ها هنا ولم يشدها واجراها حتى غرقت من الموج، يضمن ان كانت تشد في هذه الحالة اه.

المادة ٦٠٤ — ﴿ لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة او طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان. مثلا لو استأجر دابة وتركها خالية الرأس وضاعت يضمن ﴾

شروع في بيان حكم تقصير المستأجر في حفظ المأجور، بعد الفراغ من بيان حكم تعديه عليه بنوعيه.

ثم ان ترك المستأجر دابة الكراء خالية الرأس مثال من امثلة التقصير في الحفظ، فلا يتصور ان يتوهم متوهم ان ضمان المستأجر محصور في هذه الصورة، فافهم.

واعلم ان ضمان المستأجر المأجور في حالتي التعدي والتقصير في الحفظ ليس بناء على تعهده والتزامه بالمحافظة عليه ولو حكماً كما زعم الشارح سليم باز، بل لأن ما ذكر حكم كل امانة، والا فأن قصد الاستحفاظ حكم الوديعة لا الامانة مطلقاً، وما نحن فيه ليس وديعة بل هو امانة ضمن عقد الاجارة، والامانة اعم من الوديعة، لأن الوديعة هي الاستحفاظ قصداً، والامانة ما يقع في يد الأمين من غير اعتبار القصد. فقبض المستأجر المأجور قصد الاستحفاظ فيه

غير معتبر اصلاً ، بخلاف قبض المودع الوديعة، كما سيأتي تحقيقه في المادة(٧٦٢) وشرحها . ولهذا قالوا ان المودع يبرأ عن الضمان بالعودة الى الوفاق ، بخلاف الامين غير المودع ، كما تقدم في شرح المادة (٥٤٥)

☀ فروع ☀

ترك الحمار على الباب ودخل المنزل ليأخذ خشب الحمار وضاع ، ان لم يغب عن بصره ، لا ضمان . وان غاب إنْ موضعاً لا يعدُّ تضييعاً كأن كانت السكة غير نافذة او بعض القرى ، لا يضمن . فإن عدَّ تضييعاً ، ضمن .

ربط الحمار على بابه ودخل الدار ليأخذ شيئاً او المسجد ، فهذا وتركُ الربط سواء ، فيضمن في المختار (ذكره السرخسي ، بزازية)

استأجر حماراً فحمل عليه وله حمار آخر فحمل عليه ايضاً فلما سار بعض الطريق سقط حماره فاشتغل به فذهب الحمار المستأجر او هلك ، ان كان بحال لو اتبع الحمار المستأجر لهلك حماره او متاعه ، لا يضمن ، والا فيضمن ، استدلالا بأن البقرة اذا ندت من السرح وترك الاجير اتباعها لئلا يضيع الباقي فهلكت التي ندت ، لا يضمن — قلت : وفي اجارة الذخيرة : ولو كان المستأجر حمارين فاشتغل بحمل احدهما فضاع الآخر ، ان غاب عن بصره ، فهو ضامن . فعلى هذا ينبغي ان يضمن في المسئلة السابقة ان غاب عن بصره فهلك ، فتأمل عند الفتوى (كذا في الهندية)

وفيها عن المحيط : وفي فتوى الاصل : استأجر حماراً فضل في الطريق فتركه ولم يطلبه حتى ضاع ، قال : ان ذهب الحمار من حيث لا يشعر به وهو حافظ له فاذا علم فطلبه ولم يظفر به ، فلا ضمان عليه . وكذلك لو لم يطلبه وكان آيساً من وجوده ، لو طلب بالقرب في حوالي المواضع التي ذهب منها ، لا ضمان . وان ذهب وهو يراه ولم يمنعه ، فهو ضامن . يريد به اذا غاب عن بصره .

وعلى هذا مستأجر الحمار اذا جاء بالحمار الى الخباز وترك الحمار واشتغل بشراء الخبز فضاع الحمار : ان غاب عن بصره ، فهو ضامن . وان لم يغب عن بصره ، فلا ضمان عليه اهـ .

وفيها عن الغياثية : ان اشتغل بالصلاة في الطريق والحمار بين يديه فضاع ، فان غاب عن بصره ولم يقطع الصلاة ولم يتبعه ، ضمن . وان لم يغب عن بصره حتى ضاع ، لا يضمن اه .

وفيها عن المحيط : استأجر من رجل مرّاً وحمله في الطريق ثم صرف وجهه عن الطريق ودعى اجيراً له ولم يبرح عن مكانه ذلك ، ثم نظر الى المر فاذا هو قد ذهب به ، قال : ان كان تحويل وجهه لم يطل حتى لا يسمى به مضيعاً للمر ، لا ضمان عليه ، والقول في ذلك قوله مع يمينه ان كذبه الآجر . وان طال التفاته ، فهو ضامن اه .

وفي البزازية : وكذا لو كان في بول او غائط او حديث مع غيره فذهب وتوارى عن بصره حتى ضاع ، ضمن ، ولا يكون البقار تاركاً للحفظ . ما لم يغب عن بصره وان كان قائماً . وان غاب عن بصره يكون تاركاً للحفظ .

وفي الصغرى : اذا نام قاعداً ، لا يكون تاركاً للحفظ . ولو مضطجعاً ، يكون تاركاً اه .

وفيها : والتقييد بالبصر في النهار والليل سواء . غير انه يرى في النهار من بعد ، وفي الليل لا اه .

وفيها : وان توجه الى القافلة القطاع فالقى المكاري المتاع وذهب بحماره فأخذ القطاع القماش ، ان كان يعلم لولا الفرار بالحمار لأخذوا الحمار مع القماش ، لا يضمن . وان امكنه الفرار مع القماش والحمار وترك القماش ، يضمن اه .

وفي الخانية : رجل استأجر حماراً فربطه على اربة في المدينة في سكة نافذة وثم اقوام نيام ليسوا من عيال المستأجر ولا من اجرائه فسرق الحمار ، قالوا : ان كان المستأجر لم يستحفظهم ، يكون ضامناً بترك الحفظ . وان كان استحفظهم او استحفظ بعضهم وقبلوا منه الحفظ ولم يكن في عقد الاجارة شرط ركوب المستأجر بنفسه وكان ذلك في موضع لا يعد النوم ممن يحفظ الدواب تضييعاً ، لا يضمن . وان كان ذلك في موضع يعد النوم من الحافظ تضييعاً ولم يستحفظهم ، ضمن . وان استحفظهم وقبلوا منه الحفظ ، كان الضمان على الذي قبل الحفظ اذا لم يحفظ وان كان المستأجر شرط في الاجارة ان يركبها بنفسه ، يضمن

المستأجر على كل حال ، لأنه اذا شرط ذلك لم يكن له ان يؤجرها غيره ولا ان يعيرها ولا ان يودعها اه .

المادة ٦٠٥ = ❊ مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى ما فوق المشروط توجب الضمان . واما مخالفته بالعدول الى ما دون المشروط او مثله لا توجبه . مثلا لو حمل المستأجر خمسين أقة حديد على دابة استكراها لأن يحملها خمسين أقة سمن وعطبت تضمن . واما لو حملها حمولة مساوية للدهن في المضرة او اخف وعطبت لا يضمن ❊

لما تقدم في المادة (٤٢٦) من ان من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة له ان يستوفي عينها او مثلها او ما دونها لا ما فوقها . وفي المادتين (٤٢٧) و (٤٢٨) من ان ما يختلف باختلاف المستعملين ، يعتبر فيه التقييد . وما لا يختلف ، فالتقييد فيه لغو . فمن استحق زراعة نوع معين في الأرض المستأجرة للزراعة ، له ان يزرع مثله او اخف ، لا اضر . ولو استكرى داراً ليسكنها له ان يسكنها لا ان يسكنها حداداً او طاحوناً . ولو استكرى دابة لركوبه ، فليس له ان يركبها غيره . فلو خالف فيما يختلف باختلاف المستعملين او استوفى منفعة هي اضر من المنفعة التي استحقها بالعقد ، صارت يده على المأجور يد غصب ، فيضمنه لو هالك وان كان الهلاك بلا تعد ولا تقصير في الحفظ .

واما كيفية الضمان كلاً او بعضاً ووجوب الاجرة وعدمه ، فقد تقدم بيانه مفصلاً في المواد (٥٤٥) وما يليها الى المادة (٥٥٧) فلتراجع مع شروحها .

المادة ٦٠٦ - ❊ يبقى المأجور كالوديعة امانة في يد المستأجر عند انقضاء الاجارة . وعلى هذا لو استعمل المستأجر المأجور بعد انقضاء

مدة الاجارة وتلف يضمن . كذلك لو طلب الآجر ما له عند انقضاء الاجارة من المستأجر ولم يعطه اياه ثم بعد الامساك تلف يضمن ❋

يعني ان المأجور يبقى امانة في يد المستأجر بعد انقضاء الاجارة كما كان قبل ، فلا يضمن بلا تعد او تقصير ، ما لم يستعمله المستأجر او يمنعه من مالكه بعد طلبه اياه . فإن استعمله او منعه بعد الطلب ، صارت يده يد غصب ، فيكون مضموناً عليه وان كان هلاكه بآفة سماوية ولا أجر عليه بالاستعمال حينئذ الا ان يكون مال وقف او يتيم او معداً للاستغلال ، او يكون قد تقاضاه المالك بالأجرة فسكت ثم استعمله ، كما تقدم في المادة (٥٩٢) وشرحها .

ثم انما يكون غاصباً بالمنع بعد الطلب لو حصل الطلب في محل يجب فيه على المستأجر التسليم ، والا فلا ، حتى لو طالب مؤجر الدابة وهو في بيته من المستأجر ان يحضر له الدابة ويسلمه اياها فامتنع ، لا يكون غاصباً ، لأنه لا يلزمه الرد الى بيت المؤجر بل على المؤجر ان يقبضها من منزل المستأجر فلم يكن متعدياً بالامساك ، فلا يضمن ، كما في الهندية والخانية . وقد تقدم توضيح ذلك في شرح المواد (٥٩٢) و (٥٩٣) و (٥٩٤)

وينتظم في سلك هذه المادة ما في الخانية : لو استأجر دابةً ليركبها اليوم فانقضى اليوم ولم يركبها بل ركبها غداً وتلفت ، لزمه الضمان ولا اجر عليه وان سلمت اه اي لأنه ركبها بعد انقضاء مدة الاجارة ، فكان تعدياً .

— الفصل الثالث —

❋ في ضمان الأجير ❋

المادة ٦٠٧ — ❋ لو تلف المستأجر فيه بتعدي الاجير وتقصيره يضمن ❋

سواء كان الاجير خاصاً او مشتركاً ، وسواء كانت الاجارة صحيحة او فاسدة ، لأن المستأجر فيه امانة في يد الأجير ، والامانة تصير مضمونة بالتعدي او التقصير بالحفظ ، وهو ظاهر .

المادة ٦٠٨ — ❋ تعدي الأجير هو ان يعمل عملا او يتحرك حركة مخالفين لأمر الآجر صراحة كان او دلالةً ❋

المراد بالعمل المخالف لأمر الآجر دلالة ان يعمل الاجير في المستأجر فيه عملاً لا يرضى به المالك ، لما في الفتاوى الانقروية ، نقلاً عن العتابية: والمتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع اه — ولأن كل عمل لم يكن مأذوناً فيه اذا كان من شأنه ان لا يرضى به المالك ، يكون منهياً عنه دلالة ، فدخل في العمل المخالف لأمر الآجر دلالةً ما لو انزى الراعي بعض الدواب على بعض بلا اذن المالك ، فإنه لو عطب منها شيء بسبب ذلك يضمن ، لتعديه ، لأن الانزاء لما كان غير مأذون فيه وهو مما لا يرضى به المالك صار كأنه منهي عنه ، فبالمخالفة يكون متعدياً ، فيضمن . وهذا بخلاف ما لو نزى بنفسه بدون انزاء ، فأنه حينئذ لا يضمن ، لعدم تعديه ، كما في الدر وغيره — الا اذا كان الراعي اجيراً مشتركاً ، فإنه يضمن عندهما ، لا عنده ، لأنه يمكن التحرز عنه ، وسيجيء .

ودخل ايضاً ما لو خلط الراعي الغنم حتى لم يمكنه التمييز ، فانه يضمن قيمتها يوم الخلط ، كما في الدر ايضاً ، لأن الخلط لما لم يكن مأذوناً فيه وهو مما لا يرضى به المالك ، صار كأنه منهي عنه ، ففي فعله يكون متعدياً ، فيضمن . وان امكنه التمييز ، فلا ضمان ، والقول له في تعيين الدواب انها لفلان .

ومن العمل المخالف لأمر الآجر صراحةً ما ذكره بقوله .

❋ مثلاً بعد قول المستأجر للراعي الذي هو اجير خاص ارع هذه الدواب في المحل الفلاني ولا تذهب بها الى محل آخر فان لم يرعها

الراعي في ذلك المحل وذهب بها الى محل آخر ورعاها يكون متعدياً ان عطبت الدواب عند رعيها هناك ويلزم الضمان على الراعي *

لو عطبت ، ولا أجر له . وان سلمت ، يجب الأجر استحساناً ، كما في العمادية والفصولين وغيرهما ، لأنه صار متعدياً بمخالفته امر المستأجر الصريح .

والتقييد بقوله « ولا تذهب بها الى محل آخر » الظاهر انه اتفاقي ، فان الحكم كذلك لو لم يقله واقتصر على قوله « ارع هذه الدواب في المحل الفلاني » كما تفيده عبارة فتاوي صاحب المحيط ، كما نقله في تنقيح الحامدية ، حيث قال : الراعي اذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي فيه فعطبت الغنم او ما اشبهها ، صار الراعي ضامناً ولا اجر له ان سلمت الغنم اولم تسلم ، قياساً . وان سلمت يجب الاجر استحساناً اه .

وفي الهندية عن المحيط : واذا خالف الراعي فرعاها في غير المكان الذي امره فعطبت ، فهو ضامن ولا اجر له . وان سلمت ، ففي الاستحسان يجب الأجر اه وليحرر .

ثم رأيت في حاشية الفصولين للرملي ، عند قول الفصولين في الفصل ٣٤ « الراعي لو خالف في المكان ضمن » ما نصه : اقول : سواء كان المكان منصوصاً عليه بأن قال ارعها في مكان كذا ، او لا ترعها الا في مكان كذا ، او كان مكان الرعي معروفاً ، فانه كالمشروط ، لما تقرر ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . وبه يستفاد الجواب في واقعة الحال : بقار يرعى بافورة الرملة خرج الناس لموسم روبيل فخرج بباقورته معهم اليه وبات بها فيه ، فهل يضمن ام لا؟ وقد اجبت بالضمان ، لمخالفته المعهود اه .

وفي الخانية : ولو كان البقار مشتركاً فرعاها في موضع فعطبت ، فقال صاحبها انا شرطت عليك ان ترعاها في موضع آخر ، وقال الراعي لا بل شرطت علي الرعي في هذا الموضع ، كان القول فيه قول صاحب البقر اه .

وفي الهندية ، عن العتابية : استأجر راعياً ولم يبين مكان الرعي ، فإن كان مشتركاً فرعاها في موضع فهلكت واحدة منها بغرق او افتراس سبع ونحو ذلك ،

فقال صاحبها شرطت لك ان ترعى غنمي في غير هذا الموضع ، فقال الراعي بل شرطت هنا ، فالقول قول صاحبها بالاجماع ، والبينة بينة الراعي . وان كان اجير وحد واختلفا كما قلنا ، فالقول قول صاحبها . وان اقام الراعي البينة ، فلا ضمان عليه بالاجماع اه اقول : تأمل في قوله اخيراً « فالقول قول صاحبها » فإن الظاهر ان القول قول الراعي حيث كان اجيراً وحد فإنه امين غير ضامن اجماعاً ، وليراجع نسخة اخرى . ويؤيد ما قلنا ما فيها ايضاً عن المحيط : فأما اذا كان الراعي اجيراً مشتركاً فإنه لا يضمن ما مات من الاغنام عندهم جميعاً . وهذا اذا ثبت الموت بتصادقهما او بالبينة ، فاما اذا ادعى الراعي الموت وجحد رب الاغنام ، فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول الراعي . فاما عندهما القول قول رب الاغنام اه .

ومن المخالفة الموجبة لضمان الاجير ما لو قيد المستأجر للمكاري سلوك طريق البر فسلك طريق البحر ، فإنه يضمن وان كان طريق البحر مما يسلكه الناس ، لخطر البحر ، فكان التقييد في البر مفيداً - حتى لو لم يتقيد به ، فلا ضمان ، كما في الدر .

وكذا اذا عين للمكاري طريقاً فسلك غيره وكان بين الطريقين تفاوت بأن كان المسلوك ابعد او اوعر او اخوف بحيث لا يسلك لصحة التقييد حينئذ ، لكونه مفيداً . واما اذا كان بحيث يسلك ، فظاهر الكتاب انه ان كان بينهما تفاوت ، ضمن ، والا فلا . وأشار الى انهما لو تساويا لا ضمان . وقيد بالتعيين لأنه لو لم يعين ، لا ضمان (كذا في البحر)

ومنها ، اي من المخالفة الموجبة للضمان ، ما لو عين المستأجر للمكاري الرفقة فذهب بغير الرفقة ، فقد نقل في الحامدية عن العمادية انه ان كان الطريق مخوفاً لا يسلكه الناس الا بالرفقة ، يضمن . وان لم يكن مخوفاً ويسلكه كل واحد بغير الرفقة ، لا يضمن اه ومثله في جامع الفصولين .

وبهذا تعلم ان ما ذكره الشارح سليم باز من اطلاق كون الاجير ضامناً في المسئلتين ليس مما ينبغي .

ومنها ما لو أمر الخياط ان يخيط الثوب قميصاً فخاطه قباءً ، او امره ان يخيطه

روميًا فخاطه فارسيًا ، فإن شاء رب الثوب ضمنه قيمة الثوب وترك الثوب عليه ، وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله ولا يزاد على المسمى . ولو خاط الثوب المذكور سراويل ، قيل ينقطع حق المالك الى الضمان . والصحيح ان له الخيار لأنه وافق امره في اصل الخياطة . كذا في الهندية ، ومثله في الدر وحواشيه .

وفي الخانية : لو أمر رجلاً ليصبغ ثوبه بالزعفران او بالبقم فصبغه بصبغ من جنس آخر ، كان لرب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه ابيض ، وترك ثوبه عليه ، وان شاء اخذ الثوب واعطاه أجر مثله ، لا يزاد على المسمى . وان صبغه ما امره به الا انه خالف في الوصف بأن امره ان يصبغه بربع قفيز عصفر فصبغه بقفيز عصفر واقر بذلك رب الثوب ، ان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة ثوبه ابيض وترك الثوب عليه ، وان شاء اخذ الثوب واعطاه ما زاد من العصفر فيه مع الأجر المسمى اه ولو صبغه رديئًا ، والمسئلة بحالها ، ان لم يكن الصبغ ، اي الرديء ، فاحشًا ، لا يضمن الصباغ . وان كان فاحشًا عند اهل فنه ، اي صنعته ، يضمن قيمة ثوب ابيض (كذا في الدر)

ثم اذا لم يضمن الصباغ فهل له الأجر المسمى او اجر المثل لا يزاد على المسمى؟ استظهر الطحطاوي الأول ، لأنه ما ليس بفاحش عفو . لكن نقل في رد المحتار عن البزازية ما نصه : امره بزعفران ويشبع الصبغ ولم يشبع ، ضمنه قيمة ثوبه ، او اخذه واعطائه اجر المثل لا يزاد على المسمى اه تأمل .

❊ كذلك لو اعطى احد قماشًا الى خياط وقال ان خرج قباء فصله وقال الخياط يخرج وفصّله فان لم يخرج قباء له ان يضمن الخياط القماش ❊

لأن الخياط غير مأذون له بتفصيل القماش اذا لم يخرج قباء ، وهو مما لا يرضى به المالك ، فيكون منهيًا عنه دلالةً فبمخالفة النهي يكون متعديًا ، فيضمن .

وذكر في الدر ، قال : ان كفاني قميصًا فاقطعه بدرهم وخطه ، فقطعه ثم قال لا يكفيك ، ضمنه . ولو قال ايكفيني قميصًا ، فقال نعم ، فقال اقطعه ، فقطعه ثم قال لا يكفيك ، لا يضمن اه

وفي الانقروية : قال للخياط : ان كفاني هذا الثوب قميصًا فاقطعه وخطه

بكذا ، فقال الخياط نعم وقطعه فإذا هو لا يكفي ، ضمن الخياط ، لأن الاذن مشروط بالكفاية ، ولم توجد ، فكان قطعه بلا اذن ، فيضمن قيمته . ولو قال له ايكفيني هذا قميصاً فقال نعم فقال المالك اقطعه فقطعه ، لم يضمن ، لأن الاذن مطلق فلا يتعلق بأول كلامه ، فيكون قاطعاً باذنه ، ثم لا يكون قوله نعم اغراراً له حتى يضمن به ، لأن مجرد القول لا يوجب الضمان ، لأن الضمان انما يوجب ان لو كان في ضمن العقد ، ولم يكن ، فلا يضمن (كذا في المبسوط) قال المالك فاقطعه بالفاء او اقطعه اذاً ، ضمن حينئذ لأن الفاء للتعليق تنتفي الشرط ، وكلمة « اذاً » لا تذكر الا جواباً للشرط ، فيصير كأنه قال : ان كان يكفيني فاقطعه اه ومثله في جامع الفصولين .

وذكر فيه ايضاً : دفع اليه ثوباً ليخيطه فخاط قميصاً فاسداً وعلم به ربه ولبسه ، ليس له ان يضمنه ، اذ لبسه رضى . وعلم منه مسايل كثيرة اه .

وفي الدر : قال للخياط : اقطع طوله وعرضه وكمه كذا ، فجاء ناقصاً ، ان قدر اصبع ونحوه ، عفو ، وان اكثر ، ضمنه .

﴿ تنبيه ﴾

ما تقدم في المادة (٤٨٣) من ان الاجير الذي ليس لعمله اثر كالحمال والملاح اذا حبس المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة فتلف في يده يضمن قيمته ، وكذا اذا جحد الاجير المستأجر فيه ، صار مضموناً عليه ، لا ينافي ما قررنه هذه المادة من ان تعدي الاجير محصور بأن يعمل عملاً يخالف امر المستأجر صراحة او دلالة ، لأن الضمان في تلك المسايل ليس مبنياً على تعدي الاجير على ما في يده من الامانة ، بل على كون ما في يده خرج عن ان يكون امانه لأنه صار مضموناً عليه بالمنع والجحود ، لأنه صار غاصباً فلا يشترط حينئذ التعدي او التقصير للضمان ، وبهذا تعلم سقوط ما ذكره الشارح سليم باز هنا . فافهم .

المادة ٦٠٩ = ﴿ تقصير الأجير هو عدم اعتنائه في محافظة المستأجر فيه بلا عذر . مثلاً لو ندت شاة من الغنم ولم يذهب الراعي

لقبضها تكاسلاً واهمالا يضمن حيث انه يكون مقصراً . وان كان عدم ذهابه قد نشأ عن غلبة احتمال ضياع الشياه الباقية عند ذهابه يكون معذوراً ولا يلزمه الضمان ❋

نقلنا في شرح المادة (٦٠٤) فروعاً ينبغي مراجعتها هنا لمناسبة بينها وبين هذه المادة .

وفي جامع الفصولين : خاف الراعي هلاك شاة فذبحها ، ضمن ، اذ الذبح ليس من عمل الراعي فلا يدخل تحت العقد . قال البلخيون : هذا لو يرجى حياتها او مشكلاً . اما لو تيقن موتها ، يبرأ ، اذ الامر بالرعي امر بالحفظ ، والحفظ الممكن حال تيقن الموت الذبح ، فيصير مأمورا (قت) لو لم يرج حياتها ضمن الاجنبي لا الراعي والبقار . قال (ت) يبرأ الاجنبي ايضاً ، إذ الاذن موجود دلالةً في هذه الحالة ، وهو الصحيح — وكذا البعير ، اذ الذبح في مثل هذه لاصلاح اللحم ، فلا يذبح الحمار والبغل ، اذ لا يصلح لحمها . ولا يذبح الفرس ايضاً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، اذ الصحيح من مذهبه ان لحم الفرس مكروه كراهة تحريم .

ولو شرط على الراعي ذبح ما خيف هلاكه فلم يذبحه فهلك ، ينبغي ان يبرأ ، اذا في هذا شرط الضمان فيما مات حتف انفه ، وثمة لا يضمن ، وشرط الضمان على الامين باطل . وقال عماد الدين في فصوله : وعندي انه يصح هذا الشرط لما مر ان ذبح مثله من الحفظ ، فكأنه شرط عليه غاية ما في وسعه من الحفظ ، فيجوز . فلو لم يذبح فقد قصر في حفظ شرط عليه ، فيضمن .

وخرج عن هذا جواب ما ذكره انه اشترط الضمان على الأمين . اقول : الظاهر ان الذبح ليس من الرعي فلا يدخل تحت العقد ، فهو متبرع في التزامه ، فلا يضمن . واقل ما فيه انه لا يخلوا عن الشك ، ولا يضمن بالشك . والله اعلم اه ما في جامع الفصولين : اقول : وقوله « الظاهر ان الذبح ليس من الرعي الخ » يرده ما ذكره عن (قت) ان الأمر بالرعي امر بالحفظ ، والحفظ الممكن حال تيقن الموت الذبح ، فيصير مأموراً به اه فتأمل .

وفيه : انقطع حبل الحمال وسقط الحمل ، ضمن وفاقاً ، لشده بحبل لم يحتمله ،

فكأنه اسقطه فتلف من جناية يده .

ولو انشقت الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها ، قيل ضمن ، كانقطاع الحبل . وقيل لا ، في قياس ابي حنيفة ، ولا يشبه انقطاع الحبل ، اذ التفريط ثمة من الحمال حيث شده بحبل واه ، وهنا من المالك حيث جعل ماله في حقيبة واهية ، وبه يفتى (ث)

نزل الحمال في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل فتلف المتاع بسرقة او مطر ، ضمن . وتأويله : لو كان المطر والسرقة غالباً فيصير حينئذ مضيعاً اه .

وفيه : دخل الحمام وقال للحمامي احفظ الثياب فخرج ولم يجد ثيابه ، فلو اقر الحمامي ان غيره رفعه وهو يراه وظن انه يرفع ثيابه ، ضمن ، اذ ترك الحفظ ولم يمنع القاصد . ولو اقر اني رأيت احداً رفع ثيابك الا اني ظننت ان الرافع انت ، لا يضمن ، اذ لم يترك الحفظ لما ظن ان الرافع هو . ولو سرق وهو لا يعلم به ، يبرأ لو لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع . وهذا قول الكل ، اذ الحمامي مودع في حق الثياب لو لم يشرط له بازاء حفظ الثياب أجر . ولو شرط له ذلك وكان له اجرة بازاء الانتفاع بالحمام والحفظ ، فهو على الاختلاف في الاجير المشترك . ولو دفع ثيابه الى الخادم دار وهو المسمى بالثيابي ، فعلى الاختلاف يبرأ عند ابي حنيفة ، لا عندهما ، لأنه اجير مشترك اه وتمام جنس هذه المسايل في (٣٣) من جامع الفصولين

وفي الهندية من الباب الثامن والعشرين من الاجارة : لو نزع الثياب بين يدي الحمامي ولم يقل بلسانه شيئاً وترك عنده ودخل ثم خرج ولم يجدها ، فان لم يكن للحمامي ثيابي ، يضمن الحمامي مايضمن المودع ، لأن الوضع بين يديه استحفاظ . كذا قال محمد بن سلمة . قال شيخ الاسلام خواهرزاده : وبه يفتى . وان كان للحمامي ثيابي الا انه لم يكن حاضراً ، فكذلك الجواب ايضاً . وان كان حاضراً ، لا يضمن صاحب الحمام (كذا في الذخيرة)

المادة ٦١٠ — ❋ الأجير الخاص امين حتى انه لا يضمن المال الذي تلف في يده بغير صنعه . وكذا لا يضمن المال الذي تلف بعمله بلا تعد ايضاً ❋

اما الاول ، فلأن العين امانة في يده بالاجماع . اما عنده ، فظاهر . واما عندهما ، فلأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانةً لاموال الناس ، لأنه يتقبل الاعمال من خلق كثير طمعاً في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن القيام بها فيمكث عنده طويلاً ، فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه ، لئلا يتساهل في حفظها . واجير الوحد لا يتقبل الأعمال ، فأخذ فيه بالقياس .

واما الثاني ، فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر ، فاذا امره بالصرف الى ملكه ، صح ، وصار نائباً منابه ، فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه (در)

ومثال الاول ان يسرق المال الذي في يده او يغصب . ومثال الثاني ان ينكسر القدر من عمله او يتخرق الثوب من دقه .

وهذا اذا كان من عمل معتاد متعارف . اما اذا ضرب شاةً ففقأ عينها او كسر رجلها ، كان متعدياً ضامناً . واذا مات شيء من الغنم او اكله الذئب لم يضمن ، والقول قوله في ذلك مع يمينه ، لأنه امين . وكذا اذا سقاها من نهر فغرقت منها شاة ، لم يضمن ، لأنه غير متعد في ذلك (جوهرة)

وفي رد المحتار : وقوله « بعمله » اي المأذون فيه ، فإن امره بعمل فعمل غيره ، ضمن ما تولد منه (تاترخانية) اه .

ثم ان عدم ضمان الأجير الخاص انما هو اذا كان مستأجراً لعمل غير الحفظ . فلو كان مستأجراً لمجرد حفظ الوديعة التي في يده ، يكون ضامناً لها اذا هلكت بسبب يمكن التحرز عنه ، كالسرقة ، كما سيأتي في المادة (٧٧٧) من كتاب الوديعة وصرح به في الدر وغيره ، لأن الحفظ حينئذٍ مستحق عليه . هذا وتقدم في المادة (٤٢٢) وشرحها الفرق بين الاجير الخاص والاجير العام ، فليراجع .

وقدمنا في شرح المادة (٤٢٣) عن جامع الفصولين انه قد فرق في الأجير الخاص بين ان يكون لواحدٍ فلا يضمن ما هلك في يده بصنعه ، وبين ان يكون لاكثر من واحد فيضمنه — حتى لو ساق الراعي الغنم فنطح او وطأ بعضها بعضاً من سوقه ، فإن كان الراعي مشتركاً ، ضمن على كل حال . وان كان خاصاً ، فان كانت الأغنام لواحد ، لا ضمان . وان لاثنين او ثلاثة ، ضمن . وصورة

الاجير الخاص في حق الاثنين او الثلاثة ان يستأجر رجلان او ثلاثة راعياً شهراً ليرعى غنماً لهما او لهم اه ومثله في رد المحتار عن الذخيرة ، ملخصاً .

وعلل المسئلة الرملي في حواشي الفصولين بأنه لو كانت كلها لواحد فسوق الاجير منقول الى صاحبها باعتبار الدابة القاتلة والمقتولة ، فإنه عامل له فيهما ، فلا يضمن — بخلاف ما لو كانتا لاثنين فإن فعل الاجير وان انتقل الى زيد مثلا باعتبار الدابة القاتلة ، لأنه في سوقها عامل له ، لكنه لم ينتقل اليه باعتبار الدابة المقتولة ، لأنه في سوقها ليس بعامل له بل لعمرو صاحبها ، فوقع الشك في انتقال فعله الى زيد ، و كذا في حق عمرو ، فبقي مقصوراً عليه . كذا فرّق في الولوالجية اه — اقول : ومفاد هذا التعليل انه لو كانت كل من الدابة القاتلة والمقتولة ملك زيد مثلا والمسئلة بحالها ، فلا ضمان عليه ، لانتقال فعله الى زيد باعتبارهما ، وهو ظاهر . ومفاده ايضاً انه لو كان التناطح او وطء بعضها بعضاً ليس مسبباً عن سوق الراعي ، فلا ضمان ايضاً ، اذ لا فعل له في ذلك ، وهو ظاهر ايضاً وبهذا نعلم سقوط ما قاله العلامة بن العابدين في رد المحتار وفي تنقيح الحامدية من انه يشكل هذا ، اي ما ذكر ، من ان الراعي لو كان خاصاً لأكثر من واحد يضمن ، مما في جامع الفصولين وغيره : لو استؤجر رجل لحفظ خان او حوانيت فضاع منها شيء ، قيل يضمن عند ابي يوسف ومحمد لو ضاع من خارج الحجرة ، لانه اجير مشترك ، وقيل لا في الصحيح ، وبه يفتى ، لأنه اجير خاص — الا يرى انه لو اراد ان يشغل نفسه في صنع آخر لم يكن له ذلك . ولو ضاع من داخلها بأن نقب اللص فلا يضمن الحارس في الاصح ، اذ الاموال المحفوظة في البيوت في يد مالكها . وحارس السوق على هذا الخلاف اه = فإنه حيث كان الحارس اجيراً لأكثر من واحد كان ينبغي ان يضمن وان كان خاصاً ، كما يضمن الراعي الخاص اذا كان اجيراً لأكثر من واحد . ووجه سقوطه ان ما ضاع من الخان او السوق ليس بصنع الحارس ، بخلاف مسئلة الراعي المارة ، فتأمل . ونقل في الحامدية عن البزازية : نقب حانوت رجل واخذ متاعه ، لا يضمن حارس الحوانيت ، على ما عليه الفتوى ، لأن اموال الناس في يد اربابها ، وهو حافظ للابواب اه .

ثم قال ، نقلاً عن هامش الأنقروي : ويظهر من هذا انه اذا كسر قفل الدكان

واخذ المتاع يضمن الحارس اه فاعترضه العلامة بن عابدين بأن هذا انما يظهر على القول بأنه اجير مشترك ، اما على القول بأنه خاص ، فلا ، لما سمعت من المفتى به . اللهم الا ان يقال اذا كسر القفل يكون بنومه او غيبته فهو مفرط ، فيضمن اه اقول : وهذا الجواب يمكن تسليمه لو ثبت الغيبة او النوم بالأقرار اوالبينة ، والا فمجرد الاحتمال لا يوجب الضمان ، للشك في وجود سببه ، فليتأمل .

ومما يتفرع على عدم ضمان الخاص ما في التنوير ومتن الغرر من انه لا ضمان على ظئر في صبي ضاع في يدها او سرق ما عليه من الحلي . قال شارحه العلائي : لكونها اجير وحد اه لكن ذكروا في الظئر انها تستحق الأجر على الفريقين اذا أجرت نفسها لهما ، وهذا يدل على انها في معنى المشترك . ولذا نقل الطحطاوي عن ابي السعود ما حاصله : الحاصل ان المسايل في الظئر تعارضت ، فمنها ما يدل على انها في معنى اجير الوحد ، ومنها ما يدل على انها في معنى المشترك . قال الاتقاني : والصحيح انها ان دفع الولد اليها لترضعه فهي اجير مشترك ، وان حملها الى منزله فهي اجير وحد اه

اقول : يلزم على ما صححه الاتقاني تقييد عدم ضمان الظئر بما اذا حملها لبيته ، والا بأن دفع لها الصبي لترضعه تكون ضامنة على قولهما ، لكونها اجيراً مشتركاً حينئذ . ويلزم ايضاً تقييد استحقاقها الأجر على الفريقين اذا آجرت نفسها منهما بما اذا دفع لها الصبي لترضعه ، والا كانت اجير وحد ، فلا تستحق الاجرة من الفريقين ، مع انهم ذكروا الحكم المذكور في المسئلتين مطلقاً عن التقييد بما ذكر . على ان الذي يظهر ان عدم ضمان الظئر ما على الصبي من الحلي متفق عليه سواء كانت الظئر اجير وحد او مشتركاً ، لكون الحلي غير داخلة في عقد الأجارة ، فهي امانة في يد الظئر لا تضمن الا بالتعدي او التفريط بالحفظ ، فليتأمل .

المادة ٦١١ — ﴿ الأجير المشترك يضمن الضرر والخسار الذي تولد عن فعله وصنعه ان كان بتعديه وتقصيره او لم يكن ﴾

ولا يستحق الاجرة لانه ما أوفى بالمنفعة ، بل بالمضرة (رد المحتار) وعمل

اجيره مضاف اليه ، فيضمنه وان لم يضمن الاجير ، لأنه اجير وحد له مالم يتعد ، كما في الدر آخر باب ضمان الأجير .

وهذا ، اي ضمان الأجير المشترك ما هلك بفعله ، باتفاق ائمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى . اما عندهما ، فلما تقدم في شرح المادة السابقة من انه يجب الضمان على الأجير المشترك في كل ما يمكن الاحتراز عنه ، صيانةً لأموال الناس . واما عند الأمام ، فلأن التلف حصل من الاجير بفعل غير مأذون فيه ، لأن المقصود من العمل الذي قوبل بالأجر هو العمل المصلح ، فكان هو المأذون فيه دون غيره عرفاً وعادةً . وانما لم يضمن الأجير الخاص وان كان التلف بعمله ، لأن المعقود عليه فيه منفعة الأجير دون عمله ، بدليل انه يستحق الأجر وان لم يعمل . وهي ، اي المنفعة المعقود عليها ، سليمة . وانما العيب كخرق الثوب من الدق قد حصل في العمل الذي هو تسليم المنفعة ، وذلك غير معقود عليه فلا يكون ضامناً – بخلاف الأجير المشترك ، فإن المعقود عليه فيه هو العمل فيشترط فيه السلامة ، لأن المقصود منه عرفاً المصلح دون المفسد . يؤخذ ما ذكر من تكملة الطوري وشرح الداماد على الملتقى ، واشار اليه في الدرر .

وهل يشترط لضمان الاجير المشترك ان يتجاوز في عمله المعتاد ام لا ؟ ففي نحو الحجام والبزاغ اي البيطار والفصاد ، نعم . وفي نحو تخريق الثوب من الدق وزلق الحمال وغرق السفينة ، لا يشترط ذلك . والفرق . كما في الدرر ، ان بقوة الثوب ورقته مثلاً يعلم ما يتحمله من الدق بالاجتهاد ، فامكن تقييده بالسلامة – بخلاف الفصد ونحوه ، فإنه يبنى على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يتحمل من الجرح ، فلا يمكن تقييده بالسلامة ، فسقط اعتباره . وتمام هذا في رد المحتار .

واعلم انه كما اتفق ائمتنا رحمهم الله تعالى على ضمان ما تلف بفعل الاجير المشترك ، اتفقوا ايضاً على عدم ضمانه اذا هلك بلا سبب ، كموت الدابة مع الراعي حتف انفها ، او بسبب لا يمكن التحرز عنه ، كالحريق الغالب واللصوص المكابرين .

بقي ما اذا كان الهلاك لا بفعل الأجير ، لكنه بسبب يمكن التحرز عنه . فهذا فيه خلاف على اربعة اقوال ، كما في رد المحتار وغيره . فعند الأمام ، لا

يضمن مطلقاً ، اي سواء كان مصلحاً او غير مصلح ، لأنه امانة في يده وهو القياس . وعندهما يضمن مطلقاً ، صيانةً لاموال الناس ، لأنه اذا علم انه لا يضمن ربما يدعي انه سرق او ضاع . وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقاً ، مصلحاً او غير مصلح . وقيل : ان مصلحاً ، لا يضمن ، اخذاً بقول الامام . وان غير مصلح ، ضمن ، اخذاً بقولهما . وان مستوراً ، فالصلح ، اخذاً بقول المتأخرين . قال في الخيرية : فهذه اربعة اقوال كلها مصححة مفتى بها ، وما احسن التفصيل الأخير اه .

ثم على ما افتى به المتأخرون من الصلح على نصف القيمة هل يجبر المتداعيان عليه ؟ — قيل نعم ، لأن المتأخرين افتوا به عملاً بالقولين ، بمعنى انهم عملوا في كل نصف بقول حيث حطوا النصف عملاً بقول الامام واوجبوا النصف عملاً بقولهما ، فالصلح مجاز عن الحط . قال في شرح الملتقى : قال الزاهدي : على هذا ادركت مشايخنا بخوارزم واقره القهستاني اه .

وفي جامع الفصولين: منهم شمس الائمة الأوزجندي ، وائمة فرغانة . وايد هذا في البزازية وتنوير البصائر بأن الاجارة عقد يجري فيها الجبر بقاء . الا ترى ان من استأجر دابة او سفينة مدة معلومة وانقضت مدتها في وسط البرية او لجة البحر ، فإنها تبقى الاجارة ولا يجري الجبر في ابتدائها . وهذه الحالة حالة البقاء ، فيجري فيها الجبر اه لكن بحث في هذا بعضهم بأنه قياس مع الفارق ، لتحقق الضرورة في المقيس عليه . وقيل لا يجبر المتداعيان ، بل هو جائز بلا جبر ، وهو قول ائمة سمرقند . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه . اقول : وفي بحث بعضهم بأنه قياس مع الفارق ، بحثٌ فإنه ليس المراد قياس مسئلة على مسئلة ، فإنه لا مناسبة اصلاً بين المقيس والمقيس عليه . وانما المراد بيان ان الاجارة قد يجري فيها الجبر بقاء كما في مسئلتي الدابة والسفينة ، فلا بدع اذا جرى الجبر على الصلح على نصف القيمة في مسئلة الضمان المذكورة ، لأنها من مسائل الاجارة ، فتدبر .

❋ تنبيهات ❋

الأول : قال ابن ملك في شرح المجمع : وفي المحيط محل الخلاف في المسئلة

الخلافية السابقة فيما اذا كانت الاجارة صحيحة . فلو فاسدة ، لا يضمن اتفاقاً ، لأن العين حينئذ تكون امانة لكون المعقود عليه ، وهو المدفعة مضمونة بأجر المثل اه

قلت : ومحل الخلاف ايضاً فيما اذا كان المالك محدثاً فيه العمل ، كما في الجوهرة للحدادي ، او لا يستغني عنه ما يحدث فيه العمل ، لما في البدايع : روى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفاً يعمل فيه ودفع الغلاف معه او سكيناً ليصقله ودفع الجفن معه ، قال محمد : يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن ، لأن المصحف والسيف لا يستغنيان عن الغلاف والجفن ، فإن اعطاه مصحفاً يعمل له غلافاً او سكيناً يعمل له نصاباً فضاع المصحف او السكين ، لم يضمنه ، لأنه لم يستأجره على ان يعمل فيهما ، بل في غيرهما اه كذا في رد المحتار . وقوله :قال محمد ، اي خلافاً لأبي يوسف . ففي المندبة عن المحيط ، ما نصه : وفي المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : لو دفع اليه مصحفاً ينقطه بأجر فضاع غلافه ، لم يضمن . وكذلك لو دفع اليه ثوباً ليرفوه في منديل فضاع المنديل ، وكذلك اذا دفع اليه ميزاناً ليصلح كفتيه فضاع العود الذي فيه يكون الميزان اه ولينظر اي القولين مصحح .

التنبيه الثاني: قال في المندبة عن السراج : ثم اذا وجب الضمان على المشترك عندهما ، فإن هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولم يكن له من الاجرة شيء . وان هلك بعد العمل ، فصاحبه بالخيار : ان شاء ضمنه قيمته معمولا ويعطي له الأجرة ويحط الأجرة من الضمان ، وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يكن عليه اجرة . وكذا الحكم اذا وجب الضمان على الاجير المشترك بما جنت يده عند علمائنا الثلاثة ، كما فيها عن الذخيرة .

الثالث : قال في تكملة الطوري عن المحيط : ثم الاجير المشترك انما يضمن ما تلف في يده بشرايط ثلاثة : الأول ان يكون في قدرته دفع ذلك الفساد . فلو لم يكن له قدرة على ذلك ، كما لو غرقت السفينة من موج او ريح او جبل صدمها ، لا ضمان على الملاح . الثاني ان يكون محل العمل مسلماً اليه بالتخلية . والا بأن كان رب المتاع في السفينة او وكيله فانكسرت السفينة بجذب الملاح ، لم يضمن والثالث ان يكون المضمون مما يجوز ان يضمن بالعقد فلو استأجر دابة

لحمل عبد صغير او كبير ، فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه او قوده اه اي لأن الآدمي لا يضمن بالعقد وان كان صغيراً لا يستمسك بنفسه ، على ما هو الصحيح ، كما في الهندية .

الرابع : ولو شرط الضمان على المشترك ان هلك ، قيل يضمن اجماعاً . والفتوى على انه لا اثر له ، واشتراطه وعدمه سواء . كذا في البزازية .

❋ فروع ❋

لو استعان الدقاق برب الثوب فتخرق ولم يعلم انه من اي دق ، فعلى قول الامام ينبغي عدم الضمان، للشك . وعن الثاني يضمن نصف النقصان، كما لو تمسك به لاستيفاء الأجر فجذبه صاحبه ، فتخرق (رد المحتار)

ما هلك بزلق الحمال (بالحاء المهملة، وهو من يحمل على ظهره) او بزلق جمل الجمال، يضمنه الأجير اتفاقاً ، لأن التلف حصل من تركه التثبت في المشي او من سوقه . هذا اذا لم يكن من زحمة الناس . فلو منها ، لم يضمن ، خلافاً لهما ، كما في شرح المجمع . قال : وكذا يضمن لو ساق المكاري دابته فعثرت فسقطت الحمولة اه وكذا يضمن بانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري كما في الكنز والملتقى . ولو كان الحبل لصاحب المتاع فانقطع ، لا يضمن (كذا في رد المحتار)

وفي الخلاصة : الحمال اذا كان يحملها على عنقه فعثر واهرق وصاحبها معها ، فهو ضامن . ولو زحمه الناس حتى انكسر ، لا يضمن بالأجماع . ولو انه هو الذي زحم الناس حتى انكسر ، فإنه يضمن ، وصاحبه بالخيار : ان شاء ضمنه وقت الكسر ويحط عنه من الأجرة بازاء ما حمله ، وان شاء ضمنه قيمته وقت الحمل في ذلك المكان الذي حمله اه - اقول : الظاهر ان قوله « وصاحبها معها » قيد لا بد منه بالنظر الى قوله « وصاحبه بالخيار الخ » لأن بوجوده مع الأجير يوجد تسليم العمل فيجب به الأجر ، والا فقد تقدم انه لا اجر للمشترك الا بالتسليم (تأمل) ثم ان قوله « لا يضمن بالأجماع » نقل مثله في رد المحتار عن البدايع ، معللاً بأنه لا يمكن حفظ نفسه عن ذلك ، فكان بمعنى الحرق الغالب اه لكن في التبيين ما نصه : وان كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر ، فلا يضمن عند ابي حنيفة ، لأن المتاع امانة عنده . وعندهما يضمن قيمته في موضع انكسر

فيه ، لأنه تسلم العمل باتصاله في ملكه ، فيعطيه اجره ، ولا يخير في هذه الصورة عندهما ، لأن العين مضمونة على الأجير المشترك عندهما ، على ما بيّنا اه فتأمل .

ذكر في الدر عن المنية : حمل رب المتاع متاعه على الدابة وركبها فساقها المكاري فعثرت وفسد المتاع ، لا يضمن اجماعاً قال في رد المحتار : قوله «وركبها الخ» وكذا اذا كان هو والمكاري راكبين على الدابة او سايقين او قايدين ، لأن المتاع في ايديهما ، فلم ينفرد الأجير باليد .

وروى بشر عن ابي يوسف : اذا سرق من راس الحمال ورب المتاع يمشي معه ، لا ضمان ، لأنه لم يخلّ بينه وبين المتاع .

وقالوا : اذا كان المتاع في سفينتين وصاحبه في احدهما وهما مقرونتان او لا الا ان سيرهما وحبسهما جميعاً ، لا يضمن الملاح . وكذا القطار اذا كان عليه حمولة وربها على بعير ، لأن المتاع في يد صاحبه لأنه الحافظ له (بدايع) اه ثم نقل عن البزازية . حمل متاعاً وصاحبه معه فعثر وسقط المتاع ، ضمن ، لأن عثاره جناية يده .

استأجر حمولة بعينها ورب المتاع معه فساق المكاري فعثرت الدابة ، ضمن عندنا ، لأنه اجير مشترك افسده بيده اه ثم قال : ولينظر الفرق بينه وبين ما في البدايع ، ولعله اختلاف رواية ، او محمول على ما اذا ساقها بعنف ، تأمل .

ثم رأيت صاحب الذخيرة فرّق بين ما اذا كان صاحب المتاع راكباً عليها فعثرت من سوق الاجير ، لا يضمن ، وبين ما اذا كان يسير خلفها مع الأجير ، فيضمن . وتمامه فيها اه ما قاله في رد المحتار .

اقول : يظهر لي انه لا منافاة بين ما في البزازية وبين ما في البدايع ، لاختلافهما في الموضوع ، لأن ما في البدايع موضوعه ان الهلاك لم يكن بفعل الاجير بل بسبب يمكن التحرز عنه ، فهي من المسايل الخلافية . لكن لما كان رب المتاع يمشي مع متاعه ، كان عدم الضمان متفقاً عليه لعدم تسليم محل العمل ، لما تقدم عن الطوري ان ضمان الاجير المشترك لما تلف بيده مقيدٌ بثلاثة شرايط ، منها ان يكون محل العمل مسلماً اليه بالتخلية ، وموضوع ما في البزازية ان الهلاك كان

بفعل الاجير بأن عثر الحمال او عثرت الدابة بسوق المكاري ، وضمان الاجير المشترك لما هلك بفعله متفق عليه ٠

واما ما نقله عن التخيرة فيمكن تطبيقه بالتأمل الكافي على ما في البدايع وعلى ما في البزازية وعلى مسئلة الدر المنقولة عن المنية ٠

واما قول رد المحتار « ولعله اختلاف رواية » فينافيه ما في الدر من حكاية الاجماع ، مع انه ليس في البدايع ولا في البزازية ما يشير الى خلاف في المسئلة ، فتدبره ٠

ثم رأيت في جامع الفصولين ما هو صريح فيما قلته من عدم المنافاة ، فانه قال في الفصل (٣٤) : لو كان المالك يمشي مع الحمال فعثر الحمال وفسد المتاع ، ضمن ، لانه من جناية يده ٠ ولو سرق المتاع من رأس الحمال والمالك معه ، يبرأ ٠ اذ يد المالك قايم على المتاع بعد وقيام يده يمنع وقوع التسليم الى غيره ، كذا عن ابي يوسف ٠ ولو لم يكن ربه معه يبرأ عند ابي حنيفة ، لا عندهما اه ٠

لا ضمان على حجام وبزاغ اي بيطار وفصاد لم يجاوز الموضع المعتاد ٠ فان جاوز المعتاد ، ضمن الزيادة كلها اذا لم يهلك المجني عليه ٠ وان هلك ، ضمن نصف دية النفس ، لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه ، فينصف ٠ فلو قطع الختان الحشفة وبرأ المقطوع ، تجب عليه دية كاملة ، لانه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة ، وهي عضو كامل ، كاللسان ٠ وان مات ، فالواجب عليه نصفها ، لحصول تلف النفس بفعلين ، احدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة ، والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة ، فيضمن النصف ٠ وهذا من اعجب المسايل ، حيث وجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك ٠

ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتخرق ، صح شرطه ، لأن ذلك مقدور له (خانية) ولو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لا يسري ، لا يصح ، لأنه ليس في وسعه — الا اذا فعل غير المعتاد ، فيضمن ٠

وسئل صاحب المحيط عن فصاد قال له غلامٌ او عبدٌ افصدني ففصده فصداً معتاداً فمات بسببه ، قال تجب دية الحر ، وقيمة العبد على عاقلة الفصاد ، لأنه خطأ ، لأنه فعله غير مأذون فيه حيث لم يعتبر اذنهما للحجر عليهما في الاقوال

(كذا في الدر وحواشيه) فأفاد انه لو كان الفصد ونحوه بلا اذن ، يضمن وان لم يجاوز المعتاد . ولذا نقل في رد المحتار عن الكافي انه يشترط لعدم الضمان عدم التجاوز والاذن ، حتى اذا عدم احدهما او كلاهما ، يجب الضمان اه .

وفي الدر وحواشيه ايضاً : لو فصد نائماً وتركه حتى مات من السيلان ، يجب القصاص ، لأنه قتله بجدد ، وهو قاصد لقتله ، فكان عمداً اه .

رجلٌ استأجر حمالاً بدانق ليحمل له زق سمن الى موضع كذا ، فقال الحمال للمستأجر احمل عليّ الزق ، فرفعه المستأجر مع الحمال ، فوقع الزق وذهب ما فيه ، لا يضمن الحمال ، لأن الزق ما دام في يده لم يسلمه الى الحمال . وان حمله ثم ان الحمال وضع الحمل في بعض الطريق ثم استعان برب الزق في رفعه فوضعاه على ظهره فوقع وتخرق ، ضمن الحمال ، لأنه دخل في ضمانه . وباعانة رب الزق ما صار الزق مسلماً عليه فلا يبرأ عن الضمان (كذا في الخانية)

وفيها : رجلٌ سلمّ بقرة الى بقار ليرعاها فجاء البقار ليلاً وزعم انه رد البقرة وادخلها القرية فطلبها صاحبها فلم يجدها ثم وجدها بعد ايام في نهر الجبانة قد عطبت ، قالوا : ان كان العرف فيما بينهم ان يدخل البقور في القرية ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة في منزل صاحبها ، كان القول قوله ، اي البقار ، مع يمينه انه ادخل البقرة في القرية ، فلا ضمان عليه . وكذا لو ارسل كل بقرة في سكة صاحبها فضاعت قبل ان تصل الى صاحبها ، لا يضمن ، لانه ليس عليه ادخالها في منزل صاحبها عرفاً ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اه .

ومنها : بقار ترك الباقورة في الجبانة وغاب عنها فوقعت الباقورة في زرع رجل فافسدت الزرع ، لا يضمن البقار ، الا ان يكون البقار ارسل الباقورة في الزرع او اخرج الباقورة من القرية وهو يذهب معها حتى وقعت الباقورة في الزرع او اتلفت مال انسان في سوقها ، فيضمن البقار اه .

شرط على الراعي ان يأتي بسمة ما هلك ، لم يصح هذا الشرط ، وصدق الراعي في الهلاك وان لم يأت بالسمة (جامع فصولين) اقول : وهذا على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما هو ضامن وان اتى بالسمة ، الا ان يقيم البينة على الموت ، كما صرح به في المندبة . وان استأجر حجاماً ليقلع له سناً فقلع

فقال صاحب السن ما امرتك بقلع هذا السن ، كان القول قوله ، ويضمن القالع ارش السن (خانية)

وفيها : رجل دفع الي نساج كر باساً بعضه منسوج وبعضه غير منسوج فسرق ذلك عند النساج ، ذكر في النوازل ان على قول من يضمن الاجير المشترك ما هلك في يده بغير صنعه ، يضمن النساج كل الثوب ، لان المنسوج مع غير المنسوج بحكم الاتصال كشيء واحد ، ونسج الباقي يزيد في قيمته ما كان منسوجاً ، فكان النساج في الكل اجيراً مشتركاً ، فيضمن الكل .

وهذه جملة مسايل افتوا فيها على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، منها هذه ، ومنها : رجل دفع الي خياط كر باساً فخاطه قميصاً وبقي قطعة من الكرباس فسرق ، قالوا : ضمن الخياط .

ومنها : رجل دفع صرماً الى خفاف ليخرز له خفاً ففضل شيء من الصرم فسرق ، قالوا يضمن اه لكن ذكر في الهندية عن الغيائية : لو دفع الى حايك ثوباً بعضه منسوج وبعضه غير منسوج لينسج الباقي فسرق فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن شيئاً ، وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يضمن غير المنسوج ، ولا يضمن المنسوج ، لانه فيه مودع . وعند محمد رحمه الله تعالى يضمنهما اه .

❋ تتمة ❋

قال في الهندية : اذا وكل الرجل رجلا بأن يستأجر له داراً بعينها ببدل معلوم ففعل ، فالآجر يطالب الوكيل بالاجرة والوكيل يطالب الموكل ، وللوكيل ان يطالب الموكل بالاجرة وان لم يطالبه الآجر . واذا وهب الآجر من الوكيل ، صح ، وللوكيل ان يرجع بالاجر على الآمر (كذا في الذخيرة)

ولا يضمن الوكيل في الاجارة الفاسدة ويجب اجر المثل على المستأجر والوكيل بالاجارة الطويلة يطالب بمال الاجارة عند الفسخ (كذا في الخلاصه)

والوكيل بالاجارة اذا استأجر الدار من المستأجر ، لا يجوز ، لأنه يصير آجراً ومستأجراً . وقيل : كان يفتي به اولاً ، ثم نقل عنهم الرجوع والافتاء بالجواز (كذا في جواهر الاخلاطي)

الموكل مع المستأجر اذا تفاسخا ، ينفسخ . وهل يرجع المستأجر على الوكيل

بمال الاجارة ؟ — قال القاضي الامام بديع الدين لا ، لأن الفسخ لم يظهر في حقه

وفي اليتيمة : سئل علي بن احمد عن رجل آجر ارض رجل فسمع ذلك المالك فقال لا اجيز هذا العقد ثم قال بعد ايام اجزته ، هل يجوز ام لا ؟ — فقال: ان رده ، فليس له ان يجيزه من بعد قال رضي الله عنه : هذا ليس بجواب للسؤال . والجواب ان هذا رد العقد عندنا (كذا في التتارخانية)

الوكيل باستئجار دار بعينها بعشرة اذا استأجرها بخمسة عشر ودفعها الى الموكل وقال انما استأجرتها بعشرة ، فلا اجر على الآمر ، وعلى الوكيل الأجر لرب الدار . وهذه المسئلة دليل على ان الاجارة لا تنعقد بالتعاطي (كذا في الذخيرة) اه مافي الهندية . — اقول: قد جزمت المجلة بانعقاد الاجارة بالتعاطي في المادة (٤٣٧) وقدمنا في شرحها النقل في ذلك عن البزازية والتتارخانية والظهيرية وحاوي الزاهدي وغيرها ، فتأمل

فعل الاجير في كل الصنائع يضاف لاستاذه ، فما اتلفه يضمنه استاذه . يعني ما لم يتعد فيضمنه هو (كذا في الدر)

تلميذ القصار او اجيره الخاص اذا ادخل ناراً للسراج بامر الاستاذ فوقعت شرارة على ثوب من ثياب القصارة او اصابه دهن السراج ، لا يضمن الاجير . يكون الضمان على الاستاذ لأنه ادخل السراج بأذنه ، فصار فعل الاجير كفعل الاستاذ . ولو فعل الاستاذ ذلك بنفسه ، كان ضامناً .

اجير القصار اذا وطأ ثوباً من ثياب القصارة وهو ثوب لا يوطأ مثله فانتقص الثوب او تخرق ، ضمن الاجير لأنه لم يؤذن له في ذلك .

وكذا لو كان الثوب مما يوطأ مثله ، الا انه كان وديعة عند القصار ولبس من ثياب القصارة . وان كان ذلك من ثياب القصارة ، وذلك ثوب يوطأ مثله ، لا يضمن الاجير ، ويضمن القصار ، لانه مأذون في ذلك عادة اذا كان ذلك من ثياب القصارة (خانية)

وفيها : ولو حمل اجير القصار ثوباً من ثياب القصارة فعثر وسقط عليه ، لا يضمن الاجير ويضمن الاستاذ . ولو سقط على وديعة كانت عند صاحب البيت فافسدها ، ضمن . ولو عاق القصار ثوباً على حبل في الطريق ليجفف الثوب فمرت

حمولته تخرقت ، كان الضمان على سائق الحمل دون القصار اه

وفيها : لو تمسك رجل بثوب انسان فجذب صاحب الثوب ثوبه فتخرق ، كان على المتمسك نصف الخرق . وكذلك صاحب الثوب اذا اراد ان يأخذ ثوبه من القصار فتمسك به القصار فجذبه صاحب الثوب ، كان على القصار نصف الخرق

وذكر في المنتقى : حائك نسج ثوباً فتعلق صاحب الثوب بثوبه ليأخذه وابى الحائك ان يدفع حتى يأخذ الاجرة فتخرق الثوب في يد صاحب الثوب ، لا يضمن الحائك . وان تخرق في يدهما ، كان على الحائك نصف الخرق اه .

وفيها : القصار لو دفع الى صاحب الثوب ثوب غيره فأخذه صاحب الثوب على ظن انه له ، كان ضامناً . وان كان صاحب الثوب بعث الى القصار رجلاً ليأخذ ثوبه من القصار فدفع القصار اليه ثوباً غير ثوب المرسل فضاع عند الرسول ، ذكر ان الثوب المدفوع لو كان القصار لا يضمن الرسول . وان كان لغير القصار ، كان لصاحب الثوب الخيار : ان شاء ضمن القصار ، وان شاء ضمن الرسول . فإن ضمن القصار لا يرجع القصار على الرسول اه

والله سبحانه اعلم واستغفر الله العظيم .

— انتهى الجزء الثاني من هذا المؤلف —

(ويليه الجزء الثالث اوله كتاب الكفالة)

ارشد سلمان وہاب پرنٹرز لاہور

- فهرست -

﴿ الكتاب الاول ﴾

صفحة

٣ المقدمة في البيوع وينقسم الى مقدمة وسبعة ابواب
١٤ البيع باعتبار المبيع ينقسم الى اربعة اقسام
١٥ القسم الاول : بيع المال بالثمن
١٥ القسم الثاني : هو الصرف
١٥ القسم الثالث : بيع المقايضة
١٥ القسم الرابع : السلم

(الباب الاول)

في بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع وفيه خمسة فصول

٢٧ الفصل الاول : فيما يتعلق بركن البيع
٤٤ الفصل الثاني : في بيان لزوم موافقة القبول للايجاب
٥٣ الفصل الثالث : في حق مجلس البيع
٥٩ الفصل الرابع : في حق البيع بشرط
٧١ الفصل الخامس : في اقالة البيع

(الباب الثاني)

في بيان المسائل المتعلقة بالمبيع وتنقسم الى اربعة فصول

٨٧ الفصل الاول : في حق شروط المبيع واوصافه

صفحة

٩٢ الفصل الثاني : فيما يجوز بيعه ومالا يجوز

١٢٢ الفصل الثالث : في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع

١٣٨ الفصل الرابع : في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح ومالا يدخل

(الباب الثالث)

في بيان المسائل المتعلقة بالثمن وفيه فصلان

١٥٨ الفصل الاول: في بيان المسائل المترتبة على اوصاف الثمن واحواله

(الباب الرابع)

في بيان المسائل المتعلقة بالتصرف في الثمن والمثمن بعد العقد ويشتمل على فصلين

١٧٢ الفصل الاول : في بيان حق تصرف البائع بالثمن والمشتري بالمبيع بعد العقد وقبل القبض

١٧٧ الفصل الثاني : في بيان التزييد والتنزيل في الثمن والمبيع بعد العقد

(الباب الخامس)

في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم وفيه ستة فصول

صفحة

١٩١ الفصل الاول : في بيان حقيقة التسليم والتسلم وكيفيتها
٢١١ الفصل الثاني : فى المواد المتعلقة بحبس المبيع
٢١٧ الفصل الثالث : في حكم مكان التسليم
٢١٩ الفصل الرابع : في مؤنة التسليم ولوازمه
٢٢٣ الفصل الخامس : في بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع
٢٢٨ الفصل السادس : فيما يتعلق بسوم الشراء وسوم النظر

(الباب السادس)

في بيان الخيارات وفيه سبعة فصول

٢٣٣ الفصل الاول : في بيان خيار الشرط
٢٥٢ الفصل الثاني : في بيان خيار الوصف
٢٥٧ الفصل الثالث : في بيان خيار النقد
٢٦٠ الفصل الرابع : في بيان خيار التعيين
٢٦٧ الفصل الخامس : في بيان خيار الرؤية
٢٨٩ الفصل السادس : في بيان خيار العيب
٣٣٥ الفصل السابع : في الغبن والتغرير

(الباب السابع)

في بيان البيع واحكامه وينقسم الى ستة فصول

٣٤٣ الفصل الاول : في بيان انواع البيع

صفحة

٣٥٧ الفصل الثاني : في بيان احكام انواع البيوع
٣٨٤ الفصل الثالث: في حق السلم
٤٠٠ الفصل الرابع: في الاستصناع
٤٠٨ الفصل الخامس: في احكام المريض
٤١٤ الفصل السادس: في بيع الوفاء
٤٤٢ احكام الربا
٤٥٥ احكام الاستحقاق

﴿الكتاب الثاني في الاجارات﴾

ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

صفحة

المقدمة
٤٧١ في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالاجارة
٤٧٩ « الباب الاول »
في بيان الضوابط العمومية
(الباب الثاني)
في بيان المسائل المتعلقه بالاجرة ويشتمل على اربعة فصول
٤٩٨ الفصل الاول: في بيان مسائل ركن الاجارة
٥٢٦ الفصل الثاني : في شروط انعقاد الاجارة ونفاذها
٥٣١ الفصل الثالث: في شروط صحة الاجارة

صفحة

٥٣٦ الفصل الرابع : في فساد الاجارة و بطلانها

(الباب الثالث)

في بيان المسائل التي تتعلق بالاجرة ويحتوي على ثلاثة فصول

٥٤٦ الفصل الاول : في بدل الاجارة

٥٤٩ الفصل الثاني : في بيان المسائل المتعلقة بسبب لزوم الاجرة و كيفية استحقاق الآجر الاجرة

٥٧١ الفصل الثالث : فيما يصح ان يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة وما لا يصح

٥٧٤ (الباب الرابع)

في بيان المسائل التي تتعلق بمدة الاجارة

(الباب الخامس)

في الخيارات ويحتوي على ثلاثة فصول

٥٨ الفصل الاول : في بيان خيار الشرط

٦٠٠ الفصل الثاني : في خيار الرؤية

٦٠٥ الفصل الثالث : في خيار العيب

(الباب السادس)

في بيان انواع المأجور واحكامه ويشتمل على اربعة فصول

صفحة

٦١٢ الفصل الاول : في بيان مسائل تتعلق باجارة العقار
٦٣٠ الفصل الثاني : في اجارة العروض
٦٣٤ الفصل الثالث: في اجارة الدواب
٦٦٠ الفصل الرابع : في اجارة الآدمي

الباب السابع »
في وظيفة الآجر والمستأجر وصلاحيتهما بعد العقد
ويشتمل على ثلاثة فصول

٦٨٠ الفصل الاول : في تسليم المأجور
٦٨٤ الفصل الثاني : في تصرف العاقدين في المأجور بعد العقد
٦٩٣ الفصل الثالث: في بيان مواد تتعلق برد المأجور واعادته

(الباب الثامن)
في بيان الضمانات ويحتوي على ثلاثة فصول

٦٩٧ الفصل الأول: في ضمان المنفعه
٧٠٣ الفصل الثاني : في ضمان المستأجر
٧١٠ الفصل الثالث: في ضمان الأجير